

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (δυνάμει της υπ' αριθμ. 21/2022 Πράξη της Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ) Μέλη.

Για να εξετάσει:

1. Την από 10.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 374/10.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

2. Την από 11.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 390/11.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της Περιφέρειας ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις προδικαστικές προσφυγές οι προσφεύγουσες αιτούνται την ακύρωση της υπ' αρ. πρωτ. ... ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ ΣΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΕΣΤ ΤΑΧΕΙΑΣ ΔΙΑΓΝΩΣΗΣ ΤΟΥ ΙΟΥ COVID-19».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.462,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

κωδικό ..., την από 10/03/2022 τραπεζική πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Α (rapid test) για την οποία ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή, ήτοι 292.500 ευρώ.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.462,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 11/03/2022 τραπεζική πληρωμή στην Τράπεζα ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Α (rapid test) για την οποία ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή, ήτοι 292.500 ευρώ.

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. ... ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΣΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ (κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016) με αντικείμενο την σύναψη σύμβασης προμήθειας με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΕΣΤ ΤΑΧΕΙΑΣ ΔΙΑΓΝΩΣΗΣ ΤΟΥ ΙΟΥ COVID-19», η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη διεξαγωγή διαδικασίας διαπραγμάτευσης μόνον με τον εν λόγω φορέα σύμφωνα με την παράγραφο 2 περ. γ' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια: α) 195.000 ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 τύπου rapid test, προϋπολογισμού 292.500,00€ (ΟΜΑΔΑ Α') και β) 205.000 ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 τύπου self test (ΟΜΑΔΑ Β'), προϋπολογισμού 307.500,00€ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, εκτιμώμενης αξίας 600.000 ευρώ.

4. Επειδή, το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 4-03-2022 με ΑΔΑΜ ..., ενώ η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός 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.

6. Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 10.03.2022 στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ και η προσβαλλόμενη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4-03-2022, η δε προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής, κατά δήλωσή της, στις 8-03-2022 και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 11.03.2022 στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ και η προσβαλλόμενη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4-03-2022, η δε προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής, κατά δήλωσή της, στις 8-03-2022 και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής καθώς ως αναφέρει στην προσφυγή της: *«[....] Η εταιρεία μας έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας, προβάλλοντας λόγους που αμφισβητούν τη νομιμότητα της επιλεγείσας διαδικασίας, αφού δε συγκαταλέγεται μεταξύ των εταιρειών που κλήθηκαν να υποβάλουν προσφορά, με αποτέλεσμα να απαγορεύεται, κατά τρόπο παράνομο, η συμμετοχή της. Επισημαίνουμε, ότι η εταιρεία μας αποτελεί σημαντικό προμηθευτή των δημοσίων και ιδιωτικών δομών της χώρας με τα ζητούμενα στην ομάδα Α προϊόντα (rapid test) και πληροί το σύνολο των απαιτούμενων προδιαγραφών της διακήρυξης, όπως αυτές καθορίζονται στην Υ.Α. Δια/Γ.Π.οικ. 75342 (ΦΕΚ Β' 5198/24.11.2020), που έχει τροποποιηθεί από την Υ.Α. Δια/Γ.Π.οικ. 7114 (ΦΕΚ Β' 362/01.02.2021) και η οποία αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο και της πρόσκλησης. Πρόσφατα μάλιστα κατακυρώθηκε στην εταιρεία μας ποσότητα 3.800.000 rapid test από την Εθνική Κεντρική*

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

Αρχή Προμηθειών Υγείας σε διαδικασία με όμοιες προδιαγραφές και σε τιμή ιδιαίτερως συμφέρουσα για το δημόσιο, ήτοι μόλις €0,8890/τμχ, δηλ. σχεδόν ημισή από την προϋπολογισθείσα αξία του €1,5/τμχ της προσβαλλόμενης πρόσκλησης (βλ. σχ. απόφαση με αριθμό 14 της 78ης/04.02.2022 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΚΑΠΥ). Στην εν λόγω διαδικασία όχι μόνο η ΕΚΑΠΥ έκρινε τεχνικά κατάλληλο και σύμφωνο με τις προδιαγραφές το προσφερόμενο από εμάς προϊόν, αλλά ούτε και προσφυγή υποβλήθηκε με την οποία κάτι τέτοιο να αμφισβητείται. Όπως παγίως έχει κριθεί ο ενδιαφερόμενος διατηρεί το έννομο συμφέρον του για την ακύρωση της διακήρυξης και στην περίπτωση που δεν υπέβαλε προσφορά στην διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον υποστηρίξει ότι την εκ μέρους του υποβολή απέκλειαν οι προσβαλλόμενες με την διακήρυξη πλημμέλειες (βλ. Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν.3886/2010, παρ. 138, Νομική Βιβλιοθήκη 2011, ΣΤΕ(ΕΑ) 1354/2009, 63/2008, 282/2007, 474, 857/2005, 532/2004, 424/2001), πολλώ δε μάλλον στην περίπτωση που η παρανόμως επιλεγείσα διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης δεν του δίνει ούτε καν την πρακτική δυνατότητα να υποβάλει προσφορά, όπως συμβαίνει εν προκειμένω. Αν λοιπόν στην εταιρεία μας επιτρεπόταν να λάβει μέρος στη διαδικασία θα υπέβαλε προσφορά μόνο για την Ομάδα Α». Επομένως, δοθέντος και του ότι, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη, οι συμμετέχοντες έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά είτε για μία, είτε και για το σύνολο των Ομάδων, η πρώτη προσφεύγουσα επιδιώκει παραδεκτώς την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την Ομάδα Α.

9. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς όπως αναφέρει στην προσφυγή της ότι «[...] 1. Η εταιρία μας δραστηριοποιείται στον τομέα της υγείας και πιο συγκεκριμένα στον κλάδο της παραγωγής προϊόντων χάρτου αποκλειστικά για ιατρική χρήση, καθώς και στην εισαγωγή και εμπορία ιατροτεχνολογικών και επιδεσμικών υλικών. Εδρεύει στην τοπική κοινότητα Δρεπάνου του Δήμου ... του Νομού ..., όπου διαθέτει σύγχρονη μονάδα παραγωγής επιφάνειας 2.700 τετραγωνικών μέτρων περίπου, ενώ απασχολεί 25 εργαζόμενους. Προμηθεύει με ιατρικά είδη νοσοκομεία σε όλη την ελληνική επικράτεια [...] 3. Ως εκ

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

τούτου αποκλείεται η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, παρότι αποτελούμε έναν από τους κορυφαίους προμηθευτές υγειονομικού και νοσοκομειακού υλικού πανελλαδικά, με δυναμική παρουσία και κατά τη διάρκεια της πανδημίας. Συναφώς τονίζουμε ότι προσφέρουμε και το υπό προμήθεια είδος, η τεχνική καταλληλότητα του οποίου έχει διαπιστωθεί επανειλημμένα. Εντελώς ενδεικτικά αναφέρουμε ότι στο πλαίσιο της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την επείγουσα προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 (rapid test) με συνολική εκτιμώμενη αξία 28.549.800,00 ευρώ (ΑΔΑ: ... και υπ' αρ. πρωτ. 4459/30-11-2021) που δημοσίευσε η ΕΚΑΠΥ έχουμε αναδειχθεί μειοδότες για ποσότητα 4.181.580 τεμαχίων στην άκρως ανταγωνιστική τιμή των 0,8890 ευρώ ανά τεμάχιο, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 14ης απόφαση της 78ης/04-02- 2022 συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΚΑΠΥ.

4. Επομένως, εξαιτίας της υιοθέτησης της διαγωνιστικής διαδικασίας του άρθρου 32§2 περ. γ' ν. 4412/2016, η εταιρεία μας δεν έχει τη δυνατότητα να υποβάλλει προσφορά, γεγονός που βλάπτει όχι μόνο τα δικά μας συμφέροντα, αλλά και αυτά του δημοσίου που στερείται χωρίς λόγο, όπως θα εκθέσουμε, τη δυνατότητα να εξασφαλίσει τα υπό προμήθεια είδη με τα τεχνικά χαρακτηριστικά που επιθυμεί σε άκρως ανταγωνιστικές τιμές και στους χρόνους που επιθυμεί. Αντιθέτως, αν είχε επιλεγεί η ανοιχτή διαδικασία, έστω και με συντετμημένη προθεσμία, θα είχαμε δυνατότητα να διεκδικήσουμε το αντικείμενο της συναφθησόμενης σύμβασης. Κατά τούτο, με πρόδηλο έννομο συμφέρον ζητούμε την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αρ. πρωτ. ... πρόσκλησης της Περιφέρειας ..., αφού, όπως δέχεται η νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας (μεταξύ άλλων ΕΑ ΣΤΕ 118/2021), ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί σύμβαση έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει προσωρινή προστασία κατά διακήρυξης διαγωνισμού, εφόσον επικαλείται κατά τρόπο συγκεκριμένο άμεση βλάβη από όρο ή νομική πλημμέλεια αυτής, τα οποία παραβιάζουν, κατά τον αιτούντα, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, τη διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό (μεταξύ άλλων ΕΑ ΣΤΕ 56/2020, 352,

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

86/2018). Το έννομο αυτό συμφέρον διατηρείται και όταν η προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής έχει λήξει, εφόσον ο αίτών έχει μετάσχει στο διαγωνισμό (με επιφύλαξη) ή δεν λάβει μέρος σε αυτόν, αλλά προβάλλει ότι ο επίμαχος όρος ή πλημμέλεια της διακήρυξης αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 56/2020, 146/2016 Ολομ., 415/2014) [...]). Επομένως, δοθέντος και του ότι, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη, οι συμμετέχοντες έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά είτε για μία, είτε και για το σύνολο των Ομάδων, η πρώτη προσφεύγουσα επιδιώκει παραδεκτώως την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την Ομάδα Α.

10. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τον οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 22-03-2022, ήτοι την επομένη της έκδοσης των υπ' αριθμ. Α221-222/2022 αποφάσεων ΕΑΔΗΣΥ με τις οποίες έγιναν δεκτά τα αιτήματα των προσφευγουσών περί αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας για την Ομάδα Α, με την από 18-03-2022 υπ' αριθμ. 544/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής είχε ήδη εγκριθεί, κατά πλειοψηφία, το υπ' αρ. 01/2022 πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής για την κατακύρωση της υπό ανάθεση προμήθειας σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς και για τις δύο Ομάδες. Επίσης, στις 22-03-2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ το υπ' αριθμ. πρωτ. 239784 διαβιβαστικό έγγραφο με το οποίο διαβιβάστηκε σχέδιο σύμβασης για την Ομάδα Β στο Ελεγκτικό Συνέδριο για άσκηση προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας στο οποίο αναφέρεται επί λέξει ότι: «Επισημαίνουμε ότι για την ΟΜΑΔΑ Α' (195.000 ιατροτεχνολογικά προϊόντα ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 τύπου rapid test, προϋπολογισμού 292.500,00€), δεν σας αποστέλλουμε σχετικό σχέδιο σύμβασης για έλεγχο νομιμότητας, δεδομένου ότι έχουν κατατεθεί προδικαστικές προσφυγές και εκδόθηκε η Α221-222/2022 Απόφαση του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ περί Προσωρινής Προστασίας, η οποία αναστέλλει την πρόοδο της διαδικασίας για την εν λόγω ΟΜΑΔΑ μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί των προσφυγών». Ωστόσο, ήδη από τις 24-03-2022, με την υπ' αριθμ. 11/2022 Πράξη της η Επίτροπος της Υπηρεσίας Επιτόπου ΟΤΑ Ι της Περιφέρειας ...

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

του Ελεγκτικού Συνεδρίου έκρινε ότι απαραδέκτως εισήχθη προς προληπτικό έλεγχο νομιμότητας το ως άνω σχέδιο σύμβασης διότι «η ελεγχόμενη σύμβαση δεν υπάγεται στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη αυτής, ανερχόμενη στο ποσό των 600.000 ευρώ (με μηδενικό συντελεστή ΦΠΑ), υπολείπεται του κατωτάτου ορίου των 900.000 ευρώ, που προβλέπεται από τις διατάξεις της παραγράφου 3 του τριακοστού έβδομου άρθρου της από 20.3.2020 ΠΝΠ (η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 1 του ν. 4683/2020), για την υπαγωγή στον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου των συμβάσεων προμήθειας αγαθών και υπηρεσιών που συνάπτονται για κατεπείγοντες λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας από τη διασπορά του κορωνοϊού Covid-19». Επομένως, εν προκειμένω, ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν αποτελεί προϋπόθεση για την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης. Παράλληλα, δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι έχει υπογραφεί σύμβαση για την Ομάδα Α για την οποία, εξάλλου, κατά την ημερομηνία έκδοσης των αποφάσεων αναστολής της διαδικασίας από την ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή θεωρούσε ότι έπρεπε προηγουμένως να υποβληθεί στον έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου και, συνακόλουθα, δεν προκύπτει ότι έχει κοινοποιηθεί της απόφασης ανάθεσης για την Ομάδα Α. Επιπλέον, σύμφωνα με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ο στόχος είναι η εξασφάλιση εκείνων των μηχανισμών σε ένα στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση, με ταχέα και αποτελεσματικά μέσα προσφυγής σε περίπτωση παράβασης, τόσο του κοινοτικού δικαίου όσον αφορά τις συμβάσεις του δημοσίου, όσο και εθνικών κανόνων που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό. Εξάλλου, στις περιπτώσεις, στις οποίες η σύναψη της σύμβασης δεν συνιστά αποτέλεσμα ολοκληρωμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, και άρα δεν υφίσταται στάδιο υποβολής ολοκληρωμένης προσφοράς από τον υποψήφιο ανάδοχο, αλλά είναι αποτέλεσμα εξαιρετικών διαδικασιών, ως εν προκειμένω, η κατάρτιση της σύμβασης ολοκληρώνεται πάντοτε με την υπογραφή μεταξύ αναθέτουσας αρχής και αναδόχου έγγραφης συμφωνίας, η οποία έχει συστατικό χαρακτήρα διότι το έγγραφο της σύμβασης στην προκείμενη

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

περίπτωση περιέχει την συνολική συμφωνία, οι όροι της οποίας δεν δύνανται να συναχθούν από την προηγηθείσα ατελή διαδικασία ανάθεσης (βλ. Α. ΤΣΙΡΩΝΑ, «Ο χρόνος κατάρτισης της δημόσιας σύμβασης κατά το Ν. 4412/2016 και ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο», ΘΠΔΔ, 2/2018, σελ.5). Επομένως, κατά τα ως άνω αναλυθέντα, παραδεκτώσ ασκούνται οι υπό κρίση προδικαστικές προσφυγές κατά της επίμαχης Πρόσκλησης, μολονότι έχει εγκριθεί η κατακύρωση της σύμβασης για την Ομάδα Α.

Περαιτέρω, η υπ' αριθμ. 544/2022 απόφαση έγκρισης του αποτελέσματος της ως άνω διαδικασίας ανάθεσης που εκδόθηκε μετά την άσκηση των υπό εξέταση προσφυγών, πρέπει να λογισθεί ως συμπροσβαλλόμενη συναφής με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια της αναθέσεως της ως άνω προμήθειας για την Ομάδα Α (βλ. ΣτΕ 7μ 4169/1996 και ΔΕφΘεσ/ης 40/2021).

11. Επειδή στις 11.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 2 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της πρώτης υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

12. Επειδή στις 14.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 2 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της δεύτερης υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

13. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 547 και 796/2022 Πράξεις της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής.

14. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 558 και 798/2022 Πράξεις της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής.

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 14-03-2022, απέστειλε τις απόψεις της επί της πρώτης και δεύτερης προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ και

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

ήδη ΕΑΔΗΣΥ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου οι οποίες κοινοποιήθηκαν στις 15-03-2022 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις προσφεύγουσες.

16. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής στις 21-03-2022, 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, και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

17. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής στις 16-03-2022, 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, και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, οι ως άνω προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

19. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει ότι : *«[...]3.1. Στη συγκεκριμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει σε κλειστή διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με την περίπτωση γ της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του Ν.4412/2016 περί κατεπείγοντος, επικαλούμενη προς δικαιολόγησή της, αλλά ανεπιτυχώς, όσα αναφέρουμε ανωτέρω στην παρ. 1.3. περί επιδείνωσης της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας, ενώ συγχρόνως και αντιφατικώς αναφέρει ότι η εξάπλωση του κορωνοϊού βαίνει αποκλιμακούμενη στο τρένον χρονικό διάστημα. Πέραν του αντιφατικού, άλλως ακατάληπτου, χαρακτήρα της αιτιολογίας, αυτή παρίσταται όλως αόριστη, ασαφής και μη ειδική. Μόνη η, άνευ ετέρου, επίκληση της πανδημίας (και δη αποκλιμακούμενης) δε συνιστά την αξιούμενη κατά νόμο αιτιολογία, που είναι ικανή να δικαιολογήσει απόκλιση από τις διατάξεις, που απαιτούν την προσφυγή σε κανονικές διαδικασίες ανοικτές ή κλειστές, ως αυτές προβλέπονται στις αυξημένης τυπικής ισχύος, λόγω ενσωμάτωσης ενωσιακού δικαίου, διατάξεις της παρ. 1*

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

του άρθρου 26 και των άρθρων 27 και 28 του Ν.4412/2016. Κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η πανδημία, με την οποία συμβιούμε άνω των 2 ετών, δε συνιστά πλέον γεγονός απρόβλεπτο και δε συνδεόμενο, ως παραγωγικό αίτιο, με σχέση αιτιώδους συνάφειας με κατεπείγουσα ανάγκη αποφυγής της μη περαιτέρω εξάπλωσης, η οποία, μάλιστα, να μην καθιστά εφικτή την τήρηση, έστω και συντετμημένων, των προθεσμιών περί ανοικτής ή κλειστής ή ανταγωνιστικής διαδικασίας.

3.2. Άλλωστε η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη εγκρίνει από τις 19.01.2022 (βλ. αν. παρ. 1.2.α), όπως προαναφέραμε, την σκοπιμότητα για την προμήθεια των τεστ, άρα, τουλάχιστον από τότε, γνώριζε ότι είχε τη συγκεκριμένη ανάγκη και θα μπορούσε κάλλιστα να προγραμματίσει ανοικτή ή κλειστή ή ανταγωνιστική διαδικασία του Ν.4412/2016. Στη συγκεκριμένη μάλιστα απόφασή της δεν επικαλείται ουδεμία κατεπείγουσα ανάγκη για την εν λόγω προμήθεια παρά μόνο την εν γένει επιθυμία της να συμβάλει και αυτή στην καταπολέμηση της πανδημίας μέσω της της διενέργειας μαζικών διαγνωστικών ελέγχων CoViD-19. Σε κάθε περίπτωση και με δεδομένο ότι από τις 19.01.2022 έως την 10.03.2022 (καταληκτική ημερομηνία της πρόσκλησης) μεσολαβούν 60 ημέρες η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 27 του Ν.4412/2016, να διενεργήσει ανοικτή διαδικασία και να ορίσει ως ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών τις 35 ημέρες από την αποστολή της προκήρυξης στη Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης (παρ. 1) ή να συντμήσει αυτήν κατά 5 ημέρες διενεργώντας τον διαγωνισμό με ηλεκτρονικά μέσα (παρ. 4) ή ακόμα να τεκμηριώσει δεόντως επείγουσα κατάσταση και να ορίσει προθεσμία 15 ημερών (παρ. 3). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή είχε όλη την ευχέρεια να τηρήσει τις προθεσμίες για ανοικτή διαδικασία από τότε που ενέκρινε την σκοπιμότητα της προμήθειας και η εσπευσμένη καταφυγή αυτής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, πέραν του ότι δεν είναι αιτιολογημένη, πάντως οφείλεται αποκλειστικά σε δίκη της υπαιτιότητα. Ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη πρόσκληση, με την οποία μάλιστα καλούνται - επιλεκτικά και με αδιαφανή κριτήρια επιλογής - ορισμένες μόνο εταιρείες, είναι ακυρωτέα ως μη νόμιμη.

3.3. Επιπλέον, η εν λόγω πρόσκληση είναι παράνομη, αφού εξεδόθη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, στο μέτρο που δε ζητήθηκε προηγουμένως η προβλεπόμενη στην στο άρθρο 2 παρ. 2 δδ του Ν.4013/2011 σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ. Σύμφωνα με όσα υποστηρίξαμε δε συντρέχει περίπτωση ανωτέρας βίας που να εξαιρεί την εν λόγω διαδικασία από την εφαρμογή της ρύθμισης αυτής [...].».

20. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει ότι : «[...] II.A. ΜΗ ΣΥΝΔΡΟΜΗ ΝΟΜΙΜΩΝ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΩΝ ΓΙΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 32§2 ΠΕΡ. Γ Ν. 4412/2016 - ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ

1. Στο άρθρο 32 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί μεταφορά του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «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...».

2. Κατά την έννοια των ανωτέρω, η απευθείας ανάθεση προμήθειας αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιλογής αναδόχου, καθόσον συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημόσιων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού (ΔΕΕ C-19/13 Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, σκ. 49 και C-292/07 Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, αλλά και αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

Έτσι, οι σχετικές διατάξεις θα πρέπει να ερμηνεύονται στενά (ΔΕΕ C-275/08, Επιτροπή κατά Γερμανίας, και C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri) και η διαδικασία θα πρέπει να επιλέγεται μόνο εφόσον υφίσταται πράγματι σχετική αναγκαιότητα (Γιώργος Γεραπετρίτης - Το επείγον ως λόγος εξαιρέσεως από διαγωνιστικές διαδικασίες επί δημοσίων συμβάσεων, δημοσιευμένο στο Περιβάλλον και Δημόσιες Συμβάσεις - Νεώτερες Εξελίξεις και Προβληματισμοί, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη (2014), σελ. 398 επ. με τις εκεί παραπομπές). Για τον λόγο αυτόν η νομολογία εξαρτά την εφαρμογή της εξαιρετικής αυτής διαδικασίας από τη συνδρομή τριών σωρευτικών προϋποθέσεων, ήτοι της ύπαρξης απρόβλεπτου γεγονότος, της ύπαρξης κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που επιβάλλει η προκήρυξη διαγωνισμού και της ύπαρξης αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της εξ αυτού ανακύψασας κατεπείγουσας ανάγκης (ΔΕΕ C-107/92 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 12, C-318/94 Επιτροπή κατά Γερμανίας σκ. 14, C-394/02 Επιτροπή κατά Ελλάδας, σκ. 33 και 40). Η συνδρομή των τριών αυτών προϋποθέσεων επιτρέπει την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, μόνο όμως στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, όπως ρητά επιτάσσει η σχετική διάταξη του άρθρου 32§2 περ. γ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (αντίστοιχη διατύπωση είχαν και ΟΛ προϊσχύουσες διατάξεις, το άρθρο 31§1 περ. γ" της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, το άρθρο 6§3 περ. δ" της Οδηγίας 93/36/ΕΟΚ), η δε τήρηση της απαίτησης αυτής υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο (ΔΕΕ C-275/08 Επιτροπή κατά Γερμανίας σκ. 73-74, ΕΑ ΣτΕ 76/2021). Ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία αντικειμενικά δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής. Επιπλέον, η κατεπείγουσα ανάγκη ή ο σοβαρός επικείμενος κίνδυνος, που δικαιολογούν την προσφυγή στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ενόψει αδυναμίας τήρησης του χρόνου που απαιτείται για τη διεξαγωγή ανοικτής, κλειστής ή ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, δεν επιτρέπεται να οφείλονται σε υπαιτιότητα της υπηρεσίας (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010). Εξάλλου, η σχετική απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

αναθέτουσας αρχήςσπρέπεινα φέρείπλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (σχετικά ΣΤΕ 1747/2011, ΔΕφΘεσ 581/2017, ΔΕφΑΘ 20/2016, ΔΕφΘεσ ΑΝ 19/2017).

3. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 1.2 της πρόσκλησης (σελίδα 4) αναφέρει τα εξής, προκειμένου να αιτιολογήσει την προσφυγή της στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης του άρθρου 32§2 περ. γ' του ν. 4412/2016: «Η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία γίνεται επειδή: α) Υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη για την αντιμετώπιση της διασποράς της πανδημίας COV1D-19, καθώς η επιδείνωση της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας και ειδικότερα της ... είναι συνεχής και βαίνει κλιμακούμενη, αφού περιλαμβάνει δήμους με ιδιαίτερα επιβεβαρυμένο επιδημιολογικό φορτίο, β) Δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, λόγω της επείγουσας ανάγκης, γ) Η περίπτωση εξάπλωσης του κορωνοϊού με την επέλαση της μετάλλαξης Όμικρον και Όμικρον2, η οποία στο τρέχον χρονικό διάστημα βαίνει αποκλιμακούμενη, ωστόσο εξακολουθεί να υπάρχει μεγάλος κίνδυνος εξάπλωσης, στοιχειοθετεί τον κατεπείγοντα χαρακτήρα και καταδεικνύει την αιτιώδη συνάφεια με την περίπτωση ανωτέρας βίας, η οποία δεν θα μπορούσε να προβλεφθεί από 1 Άρθρο 53 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 ... Διανομή μέσω 'ΠΙΔΑ' με UID: ...στις 04/03/22 16:57 Σελίδα 5 καμία αναθέτουσα αρχή (βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 29/12.3.2020 και το υπ' αριθμ. πρωτ. 1867/01-04-2020 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). δ) Η σύμβαση συνάπτεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο για την κάλυψη για την προστασία από τον κορωνοϊό». Περαιτέρω, στο άρθρο 1.4 της πρόσκλησης (σελίδα 7) επικαλείται μεταξύ άλλων την υπ' αρ. 6/2022 απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου της Περιφέρειας ... (ΑΔΑ: ...). Η συγκεκριμένη απόφαση έχει ληφθεί από τις 19-01-2022, δηλαδή 43 ημέρες πριν την δημοσίευση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης. Με τη συγκεκριμένη απόφαση η αναθέτουσα αρχή επέλεξε ως τρόπο αντιμετώπισης της πανδημίας την «πραγματοποίηση εκτεταμένων προληπτικών δειγματοληπτικών ελέγχων CoViD-19» και έτσι αποφάσισε «την

έγκριση σκοπιμότητας για την προμήθεια τεστ ταχείας ανίχνευσης COVID 19 ύψους δαπάνης 600.000 ευρώ». Για τη λήψη της συγκεκριμένης απόφασης ελήφθη υπόψη «το γεγονός ότι α) η επιδείνωση της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας και ειδικότερα της ... είναι συνεχής και βαίνει κλιμακούμενη, αφού περιλαμβάνει 4 δήμους με ιδιαίτερα επιβεβαυμένο επιδημιολογικό φορτίο, β) η επέλαση της μετάλλαξης Όμικρον, όπου σύμφωνα με όλες τις ενδείξεις είναι πιο μεταδοτική και παρακάμπτει την ανοσία του οργανισμού, σε συνδυασμό με την πρόσφατη εορταστική περίοδο των Χριστουγέννων, επέφερε ραγδαία αύξηση των κρουσμάτων, οδηγώντας σταδιακά σε αύξηση των νοσηλειών και σε περαιτέρω πίεση του Εθνικού Συστήματος Υγείας και γ) ότι η Περιφέρεια ..., από την πρώτη στιγμή της πανδημίας, συμβάλλει αποτελεσματικά στην εθνική προσπάθεια αντιμετώπισης της υγειονομικής κρίσης και στη διαχείριση των αρνητικών συνεπειών της, μέσα από πληθώρα παρεμβάσεων, που στοχεύουν στην καλύτερη υγειονομική θωράκιση και στη διασφάλιση και προαγωγή της δημόσιας υγείας».

4. Από τα ανωτέρω είναι σαφές ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32§2 περ. γ' ν. 4412/2016, άλλως δεν έχει αιτιολογηθεί νομίμως η εφαρμογή του. Ειδικότερα:

4.1. Πρώτα απ' όλα, δεν προκύπτει το «απρόβλεπτο» των γεγονότων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για να δικαιολογήσει την προσφυγή της στη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016. Η φυσιολογία και το είδος των προβλημάτων που προκύπτουν από την εξάπλωση του COVID-19 ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή όχι μόνο στις 19-01-2022, οπότε ελήφθη η υπ' αριθμ. 6/2022 απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου της Περιφέρειας ..., αλλά προφανώς πολύ νωρίτερα. Ομοίως, σε χρόνο πολύ προγενέστερο της 19-01-2022 ήταν γνωστό στην αναθέτουσα αρχή ότι ένας από τους ενδεδειγμένους τρόπους περιορισμού της εξάπλωσης του COVID-19 είναι η διενέργεια *rapid tests*. Μεταξύ πολλών αναφέρουμε την υπ' αριθμ. 2761/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (ΑΔΑ: ...) και την υπ' αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για προμήθεια *rapid tests*. Από αυτές προκύπτει ξεκάθαρα η γνώση της αναθέτουσας αρχής γύρω από το πρόβλημα που έχει δημιουργήσει η εξάπλωση του COVID-19 και η

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

δυνατότητα αντιμετώπισής του με την προμήθεια *rapid tests* ένα ολόκληρο έτος πριν την εδώ εξεταζόμενη διαγνωστική διαδικασία. Επιπλέον, ειδικά η μετάλλαξη Όμικρον είχε εμφανιστεί στην Ελλάδα ήδη από τις αρχές Δεκεμβρίου του 2021, είναι δε γνωστό τοις πάσι ότι είχε επικρατήσει των λοιπών μεταλλάξεων του COVID-19 ήδη από το τέλος του Δεκεμβρίου του 2021, όπως αποδεικνύεται από το από 23-12-2021 δελτίο τύπου του ΕΟΔΥ. Αυτό εξάλλου επιβεβαιώνεται και από την υπ' αριθμ. 6/2022 απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου της Περιφέρειας ... Αποτελούσε δε (η μετάλλαξη Όμικρον) την πέμπτη κατά σειρά γνωστή μετάλλαξη του COVID-19, μετά τις Αλφα, Βήτα, Γάμμα και Δέλτα. Είναι δε γνωστό ότι τόσο ο αρχικός COVID-19 όσο και οι μεταλλάξεις του παρουσιάζουν αυξημένη μεταδοτικότητα, άρα οδηγούν σε αύξηση κρουσμάτων που χρήζουν αντιμετώπισης στο πλαίσιο μιας πολιτικής προστασίας της δημόσιας υγείας. Εξάλλου, η υπ' αριθμ. 431/03-03-2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (ΑΔΑ:), την οποία επίσης επικαλείται η προσβαλλόμενη, όχι μόνο δεν προσθέτει κάποιο νέο έκτακτο γεγονός σε σχέση με όσα ήταν ήδη γνωστά στην αναθέτουσα αρχή ήδη από τις 19-01-2022, αλλά αντιθέτως παραδέχεται την αποκλιμάκωση της εξάπλωσης της πανδημίας και κατά λογική αναγκαιότητα την εξασθένιση της ανάγκης για άμεση προμήθεια *rapid tests*. Από τα παραπάνω προκύπτει με ασφάλεια ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιφνιδιάστηκε, ούτε κλήθηκε να αντιμετωπίσει κάποιο «απρόβλεπτο γεγονός» κατά την έννοια του νόμου στην προκειμένη περίπτωση.

4.2. Επιπρόσθετα, δεν προκύπτει ούτε το «κατεπείγον» της εδώ εξεταζόμενης περίπτωσης. Στην προσβαλλόμενη δεν γίνεται καμμία τεκμηριωμένη αναφορά σε συγκεκριμένο αριθμό κρουσμάτων ή σε κάποια συγκεκριμένη ανοδική τάση της καμπύλης μετάδοσης των κρουσμάτων που θα δικαιολογούσαν την άμεση προμήθεια *rapid tests*. Ούτε γίνεται η οποιαδήποτε τεκμηριωμένη αναφορά στην έλλειψη *rapid tests* από προηγούμενους διαγνωσμούς. Ούτε αναφέρεται κάποιο συγκεκριμένο χρονικό σημείο, κατά το οποίο υπολογίζεται να εξαντληθούν τα όποια αποθέματα διέθετε η αναθέτουσα αρχή ή θα υπάρξει μια ανάγκη τόσο άμεση και βραχυπρόθεσμη, έτσι ώστε να καθίσταται αναγκαία η άμεση ολοκλήρωση της

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

επίμαχης προμήθειας *rapid tests*. Αυτό επιβεβαιώνεται και εμμέσως, αφού από κανένα σημείο της υπ' αριθμ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου δεν προκύπτει ότι η συγκεκριμένη προμήθεια αντιμετωπίστηκε ως «κατεπείγουσα», ούτε προκρίθηκε ως ενδεδειγμένος τρόπος διεξαγωγής της αυτός του άρθρου 32§2 περ. γ' ν. 4412/2016, παρά το γεγονός ότι τόσο η υπ' αριθμ. 6/2022 απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου όσο και η προσβαλλόμενη πρόσκληση επικαλούνται κατ' ουσίαν τα ίδια πραγματικά δεδομένα. Εξάλλου, η επίκληση του «κατεπείγοντος» για πρώτη φορά με την υπ' αριθμ. 431/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι εντελώς ατεκμηρίωτη, αφού δεν συνοδεύεται από κανένα συγκεκριμένο στοιχείο ή δεδομένο που να στηρίζει την ανάγκη για άμεση προμήθεια *rapid tests*, η οποία (ανάγκη) υποτίθεται ότι έπρεπε οπωσδήποτε να θεραπευθεί σε χρόνο μικρότερο των 15 ημερών, δηλαδή σε χρονικό διάστημα μικρότερο από αυτό που θα απαιτούσε η διεξαγωγή ανοιχτής διαγωνιστικής διαδικασίας με συντετμημένη προθεσμία. Περαιτέρω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης σε σχέση με το «κατεπείγον» είναι και αντιφατική, αφού στο άρθρο 1.2 της πρόσκλησης (σελίδα 4) από τη μια (σημείο α') αναφέρεται σε «κλιμακούμενη» επιδημιολογική κατάσταση και από την άλλη αμέσως παρακάτω (σημείο γ') αποδέχεται ότι η περίπτωση εξάπλωσης του κορωνοϊού με την επέλαση της μετάλλαξης Όμικρον και Όμικρον2, η οποία στο τρέχον χρονικό διάστημα βαίνει αποκλιμακούμενη». Επομένως, κατά λογική αναγκαιότητα, ακόμη και αν πράγματι υπήρχε «κατεπείγον» κατά την έννοια του νόμου, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυτού του κατεπείγοντος και της ανάγκης προμήθειας *rapid tests* εξασθενεί σε σημείο που δεν δικαιολογεί την προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016. Με άλλα λόγια, βάσει των δεδομένων που επικαλείται η ίδια η αναθέτουσα αρχή προκύπτει ότι η ανάγκη για άμεση προμήθεια *rapid tests* ήταν πιο επιτακτική στις 19-01-2022, οπότε ελήφθη η υπ' αριθμ. 6/2022 απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου, παρά στις 03-03-2022, οπότε ελήφθη η υπ' αριθμ. 431/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ή στις 04-03-2022, οπότε δημοσιεύθηκε η προσβαλλόμενη. Από τα παραπάνω προκύπτει λοιπόν ότι δεν συντρέχει ούτε περίπτωση «κατεπείγοντος».

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

4.3. Τέλος, είναι απολύτως βέβαιο ότι υπήρχε χρονικό περιθώριο για την διενέργεια διαγωνισμού (ανοιχτή διαδικασία με ή και χωρίς συντετμημένη προθεσμία, κλειστή διαδικασία, ανταγωνιστική διαδικασία κτλ), ωστόσο αυτό εν συνέβη με αποκλειστική ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. Μεταξύ της λήψης της υπ' αρ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου, οπότε διαπιστώθηκαν για πρώτη φορά τα πραγματικά δεδομένα που - κατά την αναθέτουσα αρχή - στοιχειοθετούν την ανάγκη για άμεση προμήθεια rapid tests, KOL της προσβαλλόμενης πρόσκλησης μεσολάβησαν 43 πλήρεις ημέρες, δηλαδή χρονικό διάστημα απολύτως επαρκές για να λάβει χώρα ακόμη και η ανοιχτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, η οποία προβλέπει ως ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών το χρονικό διάστημα των 35 ημερών από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης. Επομένως, υπήρχε επαρκέστατος χρόνος για τη διενέργεια ακόμη και της πλέον χρονοβόρας διαγωνιστικής διαδικασίας, πολλώ δε μάλλον άλλων πιο σύντομων διαδικασιών (ανοιχτή διαδικασία με συντετμημένη προθεσμία, κλειστή διαδικασία, ανταγωνιστική διαδικασία κτλ). Εξάλλου, ακόμα και στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. ... Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, την οποία επικαλείται η προσβαλλόμενη ασχέτως του ότι δεν έχει καμμία νομική δεσμευτικότητα [υποσημείωση 1 της Ανακοίνωσης που αναφέρει OTL «οι οδηγίες δεν αλλάζουν το νομικό πλαίσιο» - ομοίως και το υπ' αριθμ. πρωτ. 1867/01-04-2020 (ΑΔΑ: ...) έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ που επαναλαμβάνει κατ' ουσίαν το περιεχόμενο της Ανακοίνωσης], προτάσσεται η διενέργεια διαγωνισμών με συντετμημένες προθεσμίας και μόνο «αν αυτή η ευελιξία δεν επαρκεί, μπορεί να εξεταστεί το ενδεχόμενο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση». Τονίζουμε σχετικά ότι η προσβαλλόμενη πρόσκληση είναι απολύτως ίδια κατά περιεχόμενο με την προαναφερθείσα υπ' αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση όσον αφορά στους λόγους αποκλεισμού και στα κριτήρια επιλογής. Η μόνη διαφορά τους είναι η υιοθέτηση των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αρ. Δ1α/Γ.Π.οικ.7114/2021 ΥΑ (ΦΕΚ Β' 362/2021) (Παράρτημα Ι της πρόσκλησης), η οποία όμως αποτελεί πιστή αντιγραφή των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών για τα rapid tests. Επομένως, η

προετοιμασία της προσβαλλόμενης πρόσκλησης δεν προϋπέθετε καμμία απολύτως διοικητική επιβάρυνση για την αναθέτουσα αρχή, η οποία τυχόν θα δικαιολογούσε την επί 43 ολόκληρες ημέρες καθυστέρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Άρα, η αναφορά της αναθέτουσας αρχής ότι δεν ήταν δυνατή η τήρηση των προθεσμιών των λοιπών διαδικασιών πλην αυτής του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 δεν είναι αληθής και, σε κάθε περίπτωση, αυτή η αδικαιολόγητη καθυστέρηση βαρύνει αποκλειστικά την ίδια την αναθέτουσα αρχή.

5. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ξεκάθαρο ότι δεν συντρέχουν ΟΛ προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32§2 περ. γ' ν. 4412/2016, άλλως δεν έχει αιτιολογηθεί νομίμως η εφαρμογή του, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη ακυρωτέα. Η αναθέτουσα αρχή όφειλε και είχε τη δυνατότητα να ακολουθήσει τις συνήθεις διαγωνιστικές διαδικασίες προς εξυπηρέτηση των αναγκών της, δίνοντας έτσι τη δυνατότητα σε αξιόπιστους οικονομικούς φορείς, όπως η εταιρεία μας, να υποβάλλουν νόμιμη προσφορά.

II.B. ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΟΥΣΙΩΔΟΥΣ ΤΥΠΟΥ - ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΣΥΜΦΩΝΗΣ ΓΝΩΜΗΣ ΕΑΑΔΗΣΥ 1. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του ν. 4013/2011, δηλαδή του ιδρυτικού νόμου της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, «2. Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες:.... δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) εργασίμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφαση της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον εργάσιμες ημέρες».

2. Ενόψει των ανωτέρω, προκύπτει η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για λήψη σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ, εφόσον λάβει χώρα προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για σύναψη σύμβαση, η αξία της οποίας υπερβαίνει το κατώτατο «κατώφλι» εφαρμογής των ενωσιακών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Ειδικά για τις προμήθειες, τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 του ν. 4412/2016 κατά τον Κανονισμό (ΕΕ) 2021/1952 της Επιτροπής της 10ης Νοεμβρίου 2021 (Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ L398/23 της 11.11.2021) που εφαρμόζονται για τη διετία 01-01-2022 - 31-12-2023 ορίζονται της 215.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

3. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, δεν προηγήθηκε η παροχή σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ για την διενέργεια της εδώ κρίσιμης διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, δεν συντρέχει περίπτωση ανωτέρας βίας εν προκειμένω. Πέραν των όσων αναφέρουμε παραπάνω (ιδίως σημείο II.A.4.1 και II.A.4.2 της παρούσας), σήμερα πλέον, δύο έτη μετά την έναρξη της πανδημίας του COVID-19, η εξάπλωση του ιού και οι ανάγκες που αυτή γεννά αποτελεί μια πραγματικότητα, επαρκώς προβλέψιμη για όλους τους εμπλεκόμενους στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες και δη για τις αναθέτουσες αρχές. Αυτό το συμπέρασμα δεν αναιρείται ούτε από το υπ' αριθμ. πρωτ. 29/12-03-2020 έγγραφο του Προέδρου της ΕΑΑΔΗΣΥ, το οποίο πέραν του ότι δεν έχει καμμία νομική δεσμευτικότητα, είναι πλέον και άνεπίκαρο, αφού εκδόθηκε υπό ουσιωδώς διαφορετικές συνθήκες, ήτοι στην αρχή της πανδημίας, όταν ακόμη η φυσιολογία του COVID-19 ήταν σχεδόν άγνωστη στην επιστημονική κοινότητα, η οποία σε εκείνο το χρονικό σημείο δεν είχε αναπτύξει τα εργαλεία για την αποτελεσματική αντιμετώπισή του. Επομένως, δεν δικαιολογείται η παράκαμψη της διαδικασίας παροχής σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ από λόγο ανωτέρας βίας. Αυτή δε η παράβαση ουσιώδους τύπου καθιστά την προσβαλλόμενη ακυρωτέα. [...].»

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

21. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: « [...]Σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 10 της 11.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 55) για προμήθειες υλικού και υπηρεσιών, συναφών με την αντιμετώπιση της κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης για τη λήψη μέτρων αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19, οι Δήμοι και οι Περιφέρειες μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147), προς τη δυνατότητα ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για την προμήθεια υλικών για την αντιμετώπιση της υγειονομικής κρίσης, που προκλήθηκε από τον κορωνοϊό COVID-19 με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147), παρατάθηκε έως και την 31η.3.2022, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4876/2021 (Α'251).

Η Δ/ση Οικονομικών Π.Ε. Βορείου Τομέα ..., κατόπιν της έκδοσης της υπ' αρ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου, προσέφυγε στη διαδικασία της Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, κατά την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147), δεδομένου ότι υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη για την αντιμετώπιση της διασποράς της πανδημίας COVID-19, η οποία μπορεί να διαρκεί 2 χρόνια αλλά εξακολουθεί να υφίσταται, χαρακτηριζόμενη από κλιμακώσεις και αποκλιμακώσεις, με την εμφάνιση μεταλλάξεων τόσο της Όμικρον (όπως αναφέρεται στην απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου) όσο και της Όμικρον 2 (όπως αναφέρεται στην απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής).

Τονίζεται δηλαδή η επιδημιολογική κατάσταση της χώρας, η οποία σημειώνει εξάρσεις κατά διαστήματα όμως παραμένει συνεχής, στοιχείο που ίσχυε και κατά την έκδοση της υπ' αρ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου, και κατά το χρονικό σημείο που αναρτήθηκε η Πρόσκληση.

Στοιχειοθετείται δε και ο κατεπείγων χαρακτήρας και καταδεικνύεται η αιτιώδης συνάφεια με την περίπτωση ανωτέρας βίας, η οποία δεν θα

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

μπορούσε να προβλεφθεί από καμία αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα και με το υπ' αρ. 1867/01-04-2020 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Ως εκ τούτου, ουδόλως εντοπίζεται ασάφεια και αντίφαση στην αιτιολόγηση της συγκεκριμένης διαδικασίας .

Όσον αφορά την χρονική απόσταση που επικαλούνται οι προσφεύγουσες εταιρείες ανάμεσα στην έκδοση της υπ' αρ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου (19/01/2022) και στην ανάρτηση της Πρόσκλησης (04/03/2022), θα θέλαμε να υπενθυμίσουμε ότι παρεμβλήθηκε το χρονικό διάστημα με την επέλαση της κακοκαιρίας «Ελπίδα», όπου δημιουργήθηκαν πολύ μεγάλα προβλήματα γενικότερα στη λειτουργία του λεκανοπεδίου, γεγονός που καθυστέρησε την εξέλιξη της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Όσον αφορά τον ισχυρισμό των εταιρειών, ότι «η εν λόγω πρόσκληση είναι παράνομη αφού εξεδόθη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, στο μέτρο που δεν ζητήθηκε προηγουμένως η προβλεπόμενη στο άρθρο 2 παρ. 2 δδ του Ν.4013/2011 σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ,» παραπέμπουμε στο με α.π. 29/12-03-2020 έγγραφο του Προέδρου της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑ: ...), σύμφωνα με το οποίο: «Δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων που ανατίθενται σύμφωνα με τα άρθρα 32 παρ.2 περ. γ' και 269 περ. δ' του ν. 4412/2016 και το αντικείμενο των οποίων συνεχεται άμεσα με τα μέτρα αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού δύνανται να συνάπτονται χωρίς την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.»

Σχετική αναφορά υπάρχει στο κείμενο της υπ' αρ. ... Πρόκλησης.

Τέλος, θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι οι προσφεύγουσες εταιρείες, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στην προσφυγή τους, αναφέρονται στην ΟΜΑΔΑ Α', για την προμήθεια rapid test. Υπάρχει δε όρος στη διακήρυξη σύμφωνα με την οποία «Σε περίπτωση που για κάποια ομάδα υποβληθούν απαράδεκτες προσφορές ή δεν υποβληθούν προσφορές, η διαδικασία συνεχίζεται για την άλλη ομάδα που υπάρχουν αποδεκτές προσφορές [...]» .

22. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει ότι : «[...]2.1. Προς προάσπιση της επιλογής της να προσφύγει στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

προκήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή εμμένει στα όσα διαλαμβάνονται στην από 11.03.2020 Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 55), η ισχύς της οποίας, σχετικά με την δυνατότητα διενέργειας διαγωνισμών κατά παρέκκλιση των κανονικών διαδικασιών ανάθεσης, έχει παραταθεί έως την 31.01.2022. Συναφώς, παραπέμπουμε στην παρ. 2.9 της προσφυγής μας, όπου μνημονεύουμε, με παραπομπή και σε σχετική ad hoc απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ότι η νομιμότητα αυτής της κατά παρέκκλιση ανάθεσης εξετάζεται κατά περίπτωση και, δη, με βάση το κατά πόσον, πράγματι, συντρέχει απρόβλεπτη περίπτωση που καθιστά δικαιολογημένη την μη τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για την ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία. Εν προκειμένω, η, ήδη, διετής εξέλιξη της πανδημίας του κορονοϊού στην χώρα μας, η εμφάνιση, συγκεκριμένα, της μετάλλαξης Όμικρον, ήδη, από τις αρχές Δεκεμβρίου 2021, αλλά κι αυτή και μόνη η πάροδος χρονικού διαστήματος πέραν του ενός μηνός από την ημερομηνία που αποφασίστηκε η σκοπιμότητας της σχετικής προμήθειας (19.01.2022) μέχρι την ημερομηνία που δημοσιεύθηκε η πρόσκληση (04.03.2022), είναι παράγοντες που αν μη τί άλλο συνηγορούν υπέρ της ανυπαρξίας κάποιας απρόβλεπτης συνθήκης που να δικαιολογεί την προσφυγή στην επίμαχη, εξαιρετική διαδικασία.

2.2. Εξάλλου, εντελώς προσχηματικά κρίνονται τα όσα, σε κάθε περίπτωση, αορίστως, επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή περί καθυστέρησης δημοσίευσης της πρόσκλησης εξαιτίας της κακοκαιρίας «Ελπίδα», αφού δεν μπορεί να γίνει πιστευτό ότι μια σφοδρή, έστω, αλλά, πάντως, παροδική κακοκαιρία επηρέασε κατά τρόπο τόσο αποφασιστικό την λειτουργία μιας δημόσιας υπηρεσίας και, δη, συγκεκριμένα, της Διεύθυνσης Οικονομικών αυτής, ώστε να μην μπορεί να προχωρήσει στην δημοσίευση πρόσκλησης για διαγωνισμό που έχει, ήδη, αποφασιστεί να διενεργηθεί, παρά μόνο, έναν ολόκληρο μήνα και πλέον μετά, εφόσον, μάλιστα, υποτίθεται ότι η σχετική διαδικασία διενεργείται προς κάλυψη επείγουσών αναγκών της.

2.3. Τέλος, σχετικά με το από 12.03.2020 έγγραφο του Προέδρου της Ε.Α.Α.ΔΗ.Σ.Υ, με το οποίο ερμηνεύθηκε η έννοια της ανωτέρας βίας, όπως αυτή αναφέρεται στην υποπερ. δδ' της υποπαρ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 2 του Ν. 4013/2011, υπό τα πολύ συγκεκριμένα, τότε, ισχύοντα δεδομένα και

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

στο οποίο αναφέρεται η Περιφέρεια, επισημαίνουμε τα εξής: Το εν λόγω έγγραφο και μόνο εκ του χρόνου έκδοσης του φαίνεται ότι τοποθετείται σε μία τελείως διαφορετική από την τρέχουσα συνθήκη. Συγκεκριμένα, όταν εκδόθηκαν οι επίμαχες διευκρινίσεις, η πανδημία του κορονοϊού είχε πράγματι, τον χαρακτήρα φαινομένου ανωτέρας βίας, αφού τα πρώτα κρούσματα αυτής είχαν, μόλις, αρχίσει να εμφανίζονται και να διασπείρονται στην χώρα, ενώ, η φυσιολογία του ιού ήταν, ακόμη, άγνωστη για την εγχώρια, αλλά και την διεθνή επιστημονική κοινότητα. Ουδόλως, λοιπόν, μπορεί να θεωρηθεί ότι εκ του, ανεπίκαιρου, πλέον, αυτού εγγράφου, δικαιολογείται η μη προηγούμενη λήψη σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ για την διενέργεια της επίμαχης διαπραγματεύσεως. Άλλωστε, και στο ίδιο το έγγραφο επαναλαμβάνεται ότι η συνδρομή των περιστάσεων ανωτέρας βίας «κρίνεται κατά περίπτωση».

2.4. Ως εκ τούτου, είναι πρόδηλο το παντελώς προσχηματικό, αόριστο και αβάσιμο των αιτιάσεων της Αναθέτουσας Αρχής και θα πρέπει η προσφυγή μας να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πρόσκληση. [...]

23. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει ότι : «[...] 1. Σε σχέση με το υπ' αριθμ. πρωτ. 214579/14-03-2022 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής παρατηρούμε ότι η αναθέτουσα αρχή εμμένει εσφαλμένα στις θέσεις της και δεν αντικρούει ικανοποιητικά τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς που προβάλλουμε με την κρινόμενη προσφυγή. Ειδικότερα:

2. Σε σχέση με το απρόβλεπτο η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την κακοκαιρία «Ελπίδα», η οποία «δημιούργησε μεγάλα προβλήματα γενικότερα στη λειτουργία του λεκανοπεδίου, γεγονός που καθυστέρησε την όλη διαγωνιστική διαδικασία». Ο ισχυρισμός, πέραν της παντελούς αοριστίας του, δεν είναι ουσιώδης, ούτε στηρίζει τη νομιμότητα της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η συγκεκριμένη κακοκαιρία επηρέασε τη λειτουργία των αρμοδίων υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής μόνο για χρονικό διάστημα τεσσάρων ημερών, ήτοι από τις 25-01-2022 έως και τις 28-01-2022, οπότε και οι υπηρεσίες λειτουργούσαν με τηλεργασία, δηλαδή όχι δια ζώσης. Επομένως, ακόμη και υπό αυτές τις συνθήκες, στην πράξη δεν επηρεάστηκε η λειτουργία των υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, ενώ καταλειπτόταν χρονικό διάστημα

ικανότατο για τη διενέργεια τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας με δυνατότητα συμμετοχής κάθε ενδιαφερομένου, πράγμα όμως που δεν συνέβη. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν εξειδικεύει ποια ήταν ακριβώς τα προβλήματα που δημιούργησε η συγκεκριμένη κακοκαιρία στην υπηρεσία που είχε αναλάβει τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, ήτοι συγκεκριμένα στο τμήμα προμηθειών της διεύθυνσης οικονομικών της ΠΕ βορείου τομέα ... της Περιφέρειας ..., ούτε προβάλλει ότι αυτό το τμήμα επιβαρύνθηκε απρόοπτα με απρόοπτα καθήκοντα ουσιώδους σημασίας εξαιτίας της επέλευσης της κακοκαιρίας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά επί του ισχυρισμού μας ότι ήδη από τα τέλη του 2021 ήταν γνωστό τοις πάσι, άρα και στις υπηρεσίες της, η μεταδοτικότητα των μεταλλάξεων του COVID-19 και δη αυτή της μετάλλαξης Όμικρον. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά στον ισχυρισμό μας ότι η πανδημία, οι συνέπειές της και ο τρόπος περιορισμού της με τη διεξαγωγή rapid tests της ήταν γνωστά ήδη από τα τέλη του 2020. Δεν τίθεται επομένως αμφιβολία ότι εν προκειμένω δεν συντρέχει «απρόβλεπτη» περίπτωση.

3. Σε σχέση με το «κατεπείγον» της διαδικασίας επαναλαμβάνουμε αυτούσιο το σημείο II.A.4.2 και II.A.4.3 της κρινόμενης προσφυγής. Μόνη η ύπαρξη της πανδημίας δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει κατεπείγουσα ανάγκη για προμήθεια rapid tests, γιατί η πανδημία είναι γνωστή εδώ και δύο έτη και οι αναθέτουσες αρχές είχαν τη χρονική ευχέρεια να προσαρμοστούν στο δεδομένο αυτό και να οργανωθούν κατάλληλα, ρυθμίζοντας ανάλογα και τις προμήθειές τους σε υγειονομικό υλικό κτλ. Με άλλα λόγια, η τόσο εκτεταμένη διάρκεια της πανδημίας αναιρεί τον κατεπείγοντα χαρακτήρα προμηθειών που σχετίζονται με την αντιμετώπισή της, όπως ακριβώς η επίμαχη. Για τον λόγο αυτό το έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή είναι εντελώς ακατάλληλο να δικαιολογήσει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που έχει επιλέξει η αναθέτουσα αρχή. Αλλά ακόμη και αυτό το έγγραφο προτάσσει τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης μόνο εφόσον δεν είναι εφικτή η διεξαγωγή ανοιχτών διαδικασιών έστω και με συντετηγημένη προθεσμία. Ωστόσο, αυτό δεν συνέβη εν προκειμένω.

4. Σε σχέση με την παράλειψη τήρησης του τύπου της σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ επαναλαμβάνουμε αυτούσιο το σημείο II.B.3 της κρινόμενης προσφυγής. Το επικαλούμενο έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ, πέραν του ότι δεν αποτελεί νομικά δεσμευτικό κείμενο (δεν συνιστά νόμο ή κανονιστική πράξη), έρχεται σε αντίθεση με τον ανώτερης τυπικής ισχύος ν. 4013/2011. Επιπλέον, είναι πλέον εντελώς ανεπίκαιρο, αφού εκδόθηκε υπό ουσιαστικά διαφορετικές συνθήκες, ήτοι στην αρχή της πανδημίας, όταν ακόμη η φυσιολογία του COVID-19 ήταν σχεδόν άγνωστη στην επιστημονική κοινότητα, η οποία σε εκείνο το χρονικό σημείο δεν είχε αναπτύξει τα εργαλεία για την αποτελεσματική αντιμετώπισή του. Ως εκ τούτου, δεν είναι νόμιμη η παράκαμψη αυτού του ουσιαστικού τύπου. [...].»

24. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

25. Επειδή το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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 [...]».

26. Επειδή το άρθρο 32 Α του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής των άρθρων 22 παράγραφοι 1, 36, 72 παράγραφος 1 περίπτωση α΄, 79 παράγραφοι 1 έως 4, και 221 παράγραφοι 8 και 9, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32: [...] β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ΄ της παραγράφου 2, [...]. Στις περιπτώσεις α΄ και β΄ η διαδικασία διεξάγεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης[...].».

27. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

28. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται 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».

29. Επειδή σύμφωνα με τον Ν. 4682/2020 «Κύρωση: α) της από 25.2.2020 Π.Ν.Π. «Κατεπείγοντα μέτρα αποφυγής και περιορισμού της διάδοσης κορωνοϊού» (Α' 42), β) της από 11.3.2020 Π.Ν.Π. «Κατεπείγοντα

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του» (Α' 55) και γ) της από 14.3.2020 Π.Ν.Π. «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19» (Α' 64) και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 76/03.04.2020) ορίζεται ότι: «[...] Άρθρο 2 Κύρωση της από 11.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του»

Κυρώνεται και έχει ισχύ νόμου από τη δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η από 11.3.2020 Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του», που δημοσιεύθηκε στο υπ' αριθμ. 55 Φύλλο της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως (τ.Α') και έχει ως εξής:

«ΠΡΑΞΗ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

Έχοντας υπόψη:

1. Την παράγραφο 1 του άρθρου 44, σε συνδυασμό προς την παράγραφο 5 του άρθρου 5 και την παράγραφο 3 του άρθρου 21 του Συντάγματος.

2. Την εξαιρετικά επείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη για την αντιμετώπιση των αρνητικών συνεπειών λόγω της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19, τον περιορισμό της διάδοσής του και τη λήψη συναφών και αναγκαίων μέτρων για την οικονομία της Χώρας και την αγορά εργασίας.

3. Τη σχετική πρόταση του Υπουργικού Συμβουλίου, αποφασίζουμε: [...]
Άρθρο 10 Κατεπείγουσες διατάξεις για τη λειτουργία Δήμων και Περιφερειών κατά τη διάρκεια της λήψης μέτρων αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19 [...]

3. α. Κατά το διάστημα λήψης των μέτρων της παραγράφου 1, για προμήθειες υλικού και υπηρεσιών, συναφών με την αντιμετώπιση της

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης για τη λήψη μέτρων αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19, οι Δήμοι και οι Περιφέρειες μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147).

β. Η κατά την περίπτωση α' ανάθεση δημοσίων συμβάσεων γίνεται με απόφαση της οικείας Οικονομικής Επιτροπής. Εάν δεν υπάρχει στον προϋπολογισμό πίστωση ή η υπάρχουσα δεν επαρκεί, με την ίδια απόφαση γίνεται δεσμευτική εισήγηση για την αναμόρφωση του προϋπολογισμού, η οποία εγκρίνεται υποχρεωτικά από το οικείο δημοτικό ή περιφερειακό συμβούλιο, στην πρώτη μετά την ανάθεση συνεδρίασή του. Οι διατάξεις της παρούσας παραγράφου εφαρμόζονται αναλογικά και στα νομικά πρόσωπα των ΟΤΑ [...].».

30. Επειδή σύμφωνα με τον Ν. 4876/2021 «Ρυθμίσεις για την αντιμετώπιση της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19 και την προστασία της δημόσιας υγείας και άλλες επείγουσες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 251/23.12.2021) προβλέπεται ότι: « [...] Άρθρο 106 Δυνατότητα ανάθεσης από Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού δημοσίων συμβάσεων για την προμήθεια υλικών για την αντιμετώπιση της υγειονομικής κρίσης που προκλήθηκε από τον κορωνοϊό COVID-19

Η ισχύς της παρ. 3 του άρθρου 10 της από 11.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 55), η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 2 του ν. 4682/2020 (Α' 76), ως προς τη δυνατότητα ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για την προμήθεια υλικών για την αντιμετώπιση της υγειονομικής κρίσης, που προκλήθηκε από τον κορωνοϊό COVID-19 με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147), παρατείνεται από τη λήξη της έως και την 30ή.6.2022 [...].».

31. Επειδή στην επίμαχη Πρόσκληση προβλέπεται ότι: «[...] 1.2 Στοιχεία Διαδικασίας-Χρηματοδότηση
Είδος διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

Η διαδικασία θα διεξαχθεί με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού.

Η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία γίνεται επειδή:

α) Υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη για την αντιμετώπιση της διασποράς της πανδημίας COVID-19, καθώς η επιδείνωση της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας και ειδικότερα της ... είναι συνεχής και βαίνει κλιμακούμενη, αφού περιλαμβάνει δήμους με ιδιαίτερα επιβεβαρωμένο επιδημιολογικό φορτίο.

β) Δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, λόγω της επείγουσας ανάγκης.

γ) Η περίπτωση εξάπλωσης του κορωνοϊού με την επέλαση της μετάλλαξης Όμικρον και Όμικρον2, η οποία στο τρέχον χρονικό διάστημα βαίνει αποκλιμακούμενη, ωστόσο εξακολουθεί να υπάρχει μεγάλος κίνδυνος εξάπλωσης, στοιχειοθετεί τον κατεπείγοντα χαρακτήρα και καταδεικνύει την αιτιώδη συνάφεια με την περίπτωση ανωτέρας βίας, η οποία δεν θα μπορούσε να προβλεφθεί από καμία αναθέτουσα αρχή (βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 29/12.3.2020 και το υπ' αριθμ. πρωτ. 1867/01-04-2020 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

δ) Η σύμβαση συνάπτεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο για την κάλυψη για την προστασία από τον κορωνοϊό [...]1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης

Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΕΣΤ ΤΑΧΕΙΑΣ ΔΙΑΓΝΩΣΗΣ ΤΟΥ ΙΟΥ COVID-19.

Οι τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών της σύμβασης, περιλαμβάνονται αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι (ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ) που αποτελεί αναπόσπαστο προσάρτημα της Πρόσκλησης.

Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : ... (Εξοπλισμοί διάγνωσης).

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 600.000,00€: α) 292.500,00€ για την προμήθεια rapid test (ΟΜΑΔΑ Α΄) και β) 307.500,00€ για την προμήθεια self test (ΟΜΑΔΑ Β΄).

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται από την υπογραφή της και έως την συμπλήρωση των συμβατικών υπό προμήθεια ειδών και την εξόφληση του αναδόχου, υπό την επιφύλαξη της διάταξης όρου 4.5 της παρούσας.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει μόνο της τιμής, εφ' όσον πληρούνται οι όροι της παρούσης [...]2.2 Πρόσκληση οικονομικών φορέων – Κριτήρια ποιοτικής επιλογής

2.2.1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ

Η ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ...

Απευθύνει

Στους οικονομικούς φορείς:

- 1) ...
- 2)
- 3) ...
- 4) ...
- 5) ...
- 6) ...
- 7) ...
- 8)
- 9) ...
- 10) ...
- 11) ...
- 12) ...
- 13) ...
- 14) ...

πρόσκληση σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, για την προμήθεια α) 195.000 ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2 τύπου rapid test, προϋπολογισμού 292.500,00€ (ΟΜΑΔΑ Α') και β) 205.000 ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων αντιγόνων SARS-CoV-2

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

τύπου *self test* (ΟΜΑΔΑ Β'), προϋπολογισμού 307.500,00€ [...]2.3 Κριτήρια Ανάθεσης

Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, και με την προϋπόθεση ότι δεν θα υπερβαίνει τις επιμέρους προϋπολογισθείσες αξίες ανά ΟΜΑΔΑ ειδών, ήτοι τις 292.500,00€ για την ΟΜΑΔΑ Α' (*rapid test*) και 307.500,00€ για την ΟΜΑΔΑ Β' (*self test*) και εφόσον πληρούνται οι όροι της παρούσας πρόσκλησης.

Οι συμμετέχοντες έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά είτε για μία, είτε και για το σύνολο των Ομάδων, όπως αυτές αναλύονται στο Παράρτημα Ι' της παρούσας.

Σε περίπτωση που για κάποια ομάδα υποβληθούν अपαράδεκτες προσφορές ή δεν υποβληθούν προσφορές, η διαδικασία συνεχίζεται για την άλλη ομάδα που υπάρχουν αποδεκτές προσφορές [...]3.2 Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης

Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο του πρακτικού της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης της προσφοράς, στον ανάδοχο.

Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το ν. 4700/2020 [...]».

32. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

33. 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 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).

34. 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

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

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).

35. 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

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

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.).

36. 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).

37. 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 αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. I1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 17ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 32). Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) 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 (βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, σκ. 23). 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 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,

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

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/ΕΚ (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, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή).

38. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΛΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, πρέπει

να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε 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-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 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, 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)

39. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). 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. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν 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. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη 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). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981). 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 Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T 652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

40. Επειδή κατά τη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 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).

41. Επειδή στην πρώτη υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι 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 για την κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού και ότι η παράταση με Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου και διαδοχικά, συναφή νομοθετήματα της δυνατότητας των ΟΤΑ Α' και Β' να προσφεύγουν, κατά παρέκκλιση των κανονικών διαδικασιών ανάθεσης, σε διαπραγμάτευση για την αντιμετώπιση της πανδημίας του κορωνοϊού δεν παρέχουν μια άνευ όρων και προϋποθέσεων δυνατότητα καταφυγής στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία. Κατά την πρώτη προσφεύγουσα, η, διετής εξέλιξη της πανδημίας του κορωνοϊού στην χώρα μας, αλλά και παγκοσμίως, αποδυναμώνει πλήρως το στοιχείο του απρόβλεπτου, ως προϋπόθεση εφαρμογής των εξαιρετικών αυτών ρυθμίσεων, αφού δίνει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να προγραμματίσουν τις ανάγκες τους. Η δε αιτιολογία, εν προκειμένω, της προσφυγής στην ως άνω διαδικασία από την αναθέτουσα αρχή, ως επισημαίνει η πρώτη προσφεύγουσα, είναι αντιφατική καθώς, ενώ αναφέρει ότι η εξάπλωση του κορωνοϊού βαίνει αποκλιμακούμενη στο τρέχον χρονικό διάστημα, επικαλείται την επιδείνωση της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας αλλά και αόριστη καθώς η επίκληση της πανδημίας δεν είναι ικανή να δικαιολογήσει απόκλιση από τις διατάξεις που απαιτούν την προσφυγή σε κανονικές διαδικασίες ανοικτές ή κλειστές ούτε συνδέεται με κατεπείγουσα

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

ανάγκη και επικαλείται την από 19-01-2022 έγκριση της σκοπιμότητας προμήθειας των επίμαχων ειδών από την οποία μεσολαβούν 60 μέρες από την καταληκτική ημερομηνία της πρόσκλησης, γεγονός που δεν τεκμηριώνει δεόντως επείγουσα κατάσταση. Στη δε δεύτερη υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32§2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, άλλως δεν έχει αιτιολογηθεί νομίμως η εφαρμογή του δοθέντος ότι δεν προκύπτει το απρόβλεπτο καθώς η αναθέτουσα αρχή σε χρόνο πολύ προγενέστερο από τις 19-01-2022 γνώριζε ότι ένας από τους ενδεδειγμένους τρόπους περιορισμού της εξάπλωσης του COVID-19 είναι η διενέργεια rapid tests. Επιπλέον, κατά τη δεύτερη προσφεύγουσα, ειδικά η μετάλλαξη Όμικρον είχε εμφανιστεί στην Ελλάδα ήδη από τις αρχές Δεκεμβρίου του 2021, είναι δε γνωστό τοις πάσι ότι είχε επικρατήσει των λοιπών μεταλλάξεων του COVID-19 ήδη από το τέλος του Δεκεμβρίου του 2021 καθώς και ότι παρουσιάζει αυξημένη μεταδοτικότητα, άρα οδηγεί σε αύξηση κρουσμάτων που χρήζουν αντιμετώπισης στο πλαίσιο μιας πολιτικής προστασίας της δημόσιας υγείας, ενώ η παραδοχή περί αποκλιμάκωσης της εξάπλωσης της πανδημίας συνεπάγεται, κατά λογική αναγκαιότητα, την εξασθένιση της ανάγκης για άμεση προμήθεια rapid tests. Ως επισημαίνει η δεύτερη παρεμβαίνουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν αιφνιδιάστηκε, ούτε κλήθηκε να αντιμετωπίσει κάποιο απρόβλεπτο γεγονός και δεν γίνεται καμία τεκμηριωμένη αναφορά σε συγκεκριμένο αριθμό κρουσμάτων ή σε κάποια συγκεκριμένη ανοδική τάση της καμπύλης μετάδοσης των κρουσμάτων που θα δικαιολογούσαν την άμεση προμήθεια rapid tests ώστε να αιτιολογηθεί το κατεπείγον και ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυτού του κατεπείγοντος και της ανάγκης προμήθειας rapid tests εξασθενεί με την αναφορά στην αποκλιμακούμενη εξάπλωση του κορωνοϊού. Ως επισημαίνουν οι προσφεύγουσες, η αναθέτουσα αρχή είχε όλη την ευχέρεια να τηρήσει τις προθεσμίες για ανοιχτή διαδικασία από τότε που ενέκρινε την σκοπιμότητα της προμήθειας και η εσπευσμένη καταφυγή αυτής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, πέραν του ότι δεν είναι αιτιολογημένη, πάντως οφείλεται αποκλειστικά σε δίκη της υπαιτιότητα. Σε κάθε δε περίπτωση, κατά τις προσφεύγουσες, η προσβαλλόμενη είναι παράνομη

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου στο μέτρο που δεν ζητήθηκε προηγουμένως η σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη για την αντιμετώπιση της διασποράς της πανδημίας COVID-19, η οποία μπορεί να διαρκεί 2 χρόνια αλλά εξακολουθεί να υφίσταται, χαρακτηριζόμενη από κλιμακώσεις και αποκλιμακώσεις, με την εμφάνιση μεταλλάξεων τόσο της Όμικρον όσο και της Όμικρον 2 και ότι στοιχειοθετείται και ο κατεπείγων χαρακτήρας και καταδεικνύεται η αιτιώδης συνάφεια με την περίπτωση ανωτέρας βίας, η οποία δεν θα μπορούσε να προβλεφθεί από καμία αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα και με το υπ' αρ. 1867/01-04-2020 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ. Όσον αφορά την χρονική απόσταση που επικαλούνται οι προσφεύγουσες ανάμεσα στην έκδοση της υπ' αρ. 6/2022 απόφασης του Περιφερειακού Συμβουλίου (19/01/2022) και στην ανάρτηση της Πρόσκλησης (04/03/2022), η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την κακοκαιρία «Ελπίδα», που δημιούργησε προβλήματα γενικότερα στη λειτουργία του λεκανοπεδίου και καθυστέρησε την εξέλιξη της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας. Σχετικά με τη μη λήψη προηγούμενης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή παραπέμπει στο με αριθμ. πρωτ. 29/12-03-2020 έγγραφο του Προέδρου της σύμφωνα με το οποίο δημόσιες συμβάσεις το αντικείμενο των οποίων συνέχεται άμεσα με τα μέτρα αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού δύνανται να συνάπτονται χωρίς την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ.

Προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, οι προσφεύγουσες στα υπομνήματά τους υποστηρίζουν ότι γίνεται εντελώς προσχηματικά η επίκληση στην κακοκαιρία «Ελπίδα» η οποία ήταν παροδική και δεν επηρέασε τη λειτουργία της αρμόδιας υπηρεσίας στο βαθμό αυτό ενώ, από τον χρόνο έκδοσης του εγγράφου του Προέδρου της ΕΑΑΔΗΣΥ, με το οποίο ερμηνεύθηκε η έννοια της ανωτέρας βίας, αναφέρεται σε χρονικό διάστημα κατά το οποίο πράγματι η πανδημία του κορωνοϊού είχε πράγματι αυτό τον χαρακτήρα.

42. Επειδή στην επίμαχη Πρόσκληση, στο άρθρο 1.2 ορίζεται ότι η διαδικασία θα διεξαχθεί με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης,

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού διότι υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη για την αντιμετώπιση της διασποράς της πανδημίας COVID-19, καθώς η επιδείνωση της επιδημιολογικής κατάστασης της χώρας και ειδικότερα της ... είναι συνεχής και βαίνει κλιμακούμενη, αφού περιλαμβάνει δήμους με ιδιαίτερα επιβεβαρωμένο επιδημιολογικό φορτίο, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, λόγω της επείγουσας ανάγκης, η περίπτωση εξάπλωσης του κορωνοϊού με την επέλαση της μετάλλαξης Όμικρον και Όμικρον2, η οποία στο τρέχον χρονικό διάστημα βαίνει αποκλιμακούμενη, ωστόσο εξακολουθεί να υπάρχει μεγάλος κίνδυνος εξάπλωσης στοιχειοθετώντας τον κατεπείγοντα χαρακτήρα και καταδεικνύοντας την αιτιώδη συνάφεια με την περίπτωση ανωτέρας βίας, η οποία δεν θα μπορούσε να προβλεφθεί από καμία αναθέτουσα αρχή και η σύμβαση συνάπτεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο για την κάλυψη για την προστασία από τον κορωνοϊό.

43. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, μόνη η πάροδος των δύο ετών περίπου από την έναρξη της πανδημίας δεν αποκλείει αφεαυτής την ύπαρξη απρόβλεπτων περιστάσεων και κατεπειγουσών αναγκών, στο πλαίσιο της εξελισσόμενης υγειονομικής κρίσης, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, λαμβανομένων, μάλιστα, υπόψη των διαρκώς μεταβαλλόμενων επιστημονικών δεδομένων. Ενόψει, όμως, του εξαιρετικού χαρακτήρα της εν λόγω διαδικασίας ανάθεσης, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τεκμηριώνουν με τρόπο ειδικό και σαφή την συνδρομή των στοιχείων που καθιστούν απαραίτητη την προσφυγή σε αυτήν έναντι οποιασδήποτε άλλης διαθέσιμης επιλογής (πχ ανοιχτής διαδικασίας με σύντηξη προθεσμιών, βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 24 της ΕΑΑΔΗΣΥ), καθώς επίσης και να αιτιολογούν ότι η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, ήτοι ότι κατατείνει αποκλειστικά στην κάλυψη εκείνων ακριβώς των αναγκών που συνδέονται με τις επικαλούμενες απροβλεπτες και κατεπείγουσες περιστάσεις. Στην προκείμενη περίπτωση,

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

και από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων του φακέλου, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, όπως αυτή παρατίθεται τόσο στην πρόσκληση όσο και στις απόψεις, δεν παρίσταται σαφής και ειδική ως προς τα ανωτέρω στοιχεία. Ειδικότερα, μόνη η γενικόλογη και αόριστη επίκληση του επιβαρυσμένου επιδημιολογικού φορτίου σε κάποιους Δήμους, άνευ οποιουδήποτε άλλου προσδιοριστικού στοιχείου, δεν τεκμηριώνει την συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, αόριστη είναι και η αναφορά στην αδυναμία τήρησης των νόμιμων προθεσμιών για την προμήθεια των απαραίτητων ειδών μέσω άλλων διαδικασιών, χωρίς να εξειδικεύονται οι λόγοι, για τους οποίους η κάλυψη της επίμαχης ανάγκης δεν συμβαδίζει με την τήρηση των εν λόγω προθεσμιών. Τέλος, οι συνεχείς αναφορές στις διαρκείς ανάγκες ελέγχων που, αυτονοήτως πλέον, έχει δημιουργήσει η πανδημία (βλ. στο άρθρο 1.2. της Πρόσκλησης, όπου αναφέρεται ότι *«στο τρέχον χρονικό διάστημα βαίνει αποκλιμακούμενη, ωστόσο εξακολουθεί να υπάρχει μεγάλος κίνδυνος εξάπλωσης»*), καθώς επίσης και τις αναφορές στις απόψεις ότι η πανδημία *«εξακολουθεί να υφίσταται»* *«χαρακτηριζόμενη από κλιμακώσεις και αποκλιμακώσεις»* και ότι *«η επιδημιολογική κατάσταση της χώρας... παραμένει συνεχής»*) δημιουργούν αμφιβολίες κατ' αρχήν σχετικά με την συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, ιδίως, όμως, σχετικά με την τήρηση από την αναθέτουσα αρχή του αναγκαίου μέτρου, καθόσον από τις αναφορές αυτές δεν προκύπτει ότι η επίμαχη προμήθεια σκοπεί αποκλειστικά στην κάλυψη επίκαιρων απρόβλεπτων και επείγουσών αναγκών της αναθέτουσας αρχής, και όχι ήδη παγιωμένων αναγκών λόγω της πανδημίας. Επομένως, από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης, , ως έχει συμπληρωθεί με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεν προκύπτει κάλυψη σωρευτικώς του συνόλου των απαιτούμενων νομίμων προϋποθέσεων, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, ως βασίμως υποστηρίζουν οι προσφεύγουσες, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή. Συνακόλουθα, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί σαφώς, ειδικώς και επαρκώς την κατεπείγουσα ανάγκη η οποία οφειλόμενη στην τρέχουσα εξέλιξη της

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

πανδημίας, κατέστησε περαιτέρω επιτακτική την προμήθεια των επίμαχων ειδών με την προσφυγή στην εν θέματι εξαιρετική διαδικασία καθώς, ως η ίδια αναφέρει, η επιδημία στη χώρα μας βαίνει αποκλιμακούμενη, γεγονός το οποίο επιρρωνύεται και από την σταδιακή αποκλιμάκωση των μέτρων περιορισμού της διασποράς του ιού, πολλά εκ των οποίων έχουν ήδη αρθεί. Εξάλλου, ως προς την ανάγκη προμήθειας των επίμαχων ειδών δεν υφίσταται επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων σύμφωνα με τα οποία αιφνίδια έξαρση της επιδημίας του κορωνοϊού covid-19 και ραγδαία αύξηση των κρουσμάτων οδήγησαν στην κατεπείγουσα ανάγκη κάλυψης της αναθέτουσας αρχής με τα εν λόγω είδη σε σύντομο χρονικό διάστημα. Και ναι μεν γενικώς η παρ. 3 του άρθρου 10 της από 11.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου προβλέπει τη δυνατότητα ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για την προμήθεια υλικών για την αντιμετώπιση της υγειονομικής κρίσης, που προκλήθηκε από τον κορωνοϊό COVID-19 με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, ουδόλως όμως τούτο συνεπάγεται τη νομιμοποίηση της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να απαλλαγεί συλλήβδην από τις συνήθεις διαγωνιστικές διαδικασίες για όσες συμβάσεις αποσκοπούν στην εξυπηρέτηση των αναγκών λόγω της πανδημίας, κατά παράβαση της απορρέουσας από την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων χωρίς ειδική τεκμηρίωση της επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης αλλά και της περιοριστικής ερμηνείας της εφαρμογής της. Ως δε βασίμως υποστηρίζουν οι προσφεύγουσες, η επίκληση της κακοκαιρίας «Ελπίδα» δεν αιτιολογεί επαρκώς το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί από τη διαπίστωση της σκοπιμότητας προμήθειας των επίμαχων ειδών και την ανάρτηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης, καθυστέρηση που, σε κάθε περίπτωση, δεν συμβαδίζει με τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της ανάγκης που καλείται να εξυπηρετήσει. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε μετά πλήρους βεβαιότητας, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού ή κλειστού διαγωνισμού, έτι περισσότερο, λόγω του χρονικού διαστήματος που μεσολάβησε από τη λήψη της απόφασης για

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

την ανάθεση της σύμβασης με την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία.

44. Επειδή σύμφωνα με τη γνώμη Α14/2021 της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ:61ΑΒΟΞΤΒ-8Φ7) «εφιστάται η προσοχή στο γεγονός ότι με την πάροδο ικανού χρόνου από την εμφάνιση της πανδημικής κρίσης και την σταδιακή άρση των περιοριστικών έκτακτων μέτρων, αποδυναμώνεται και η δυνατότητα επίκλησης αυτής, ως κατεξοχήν περίπτωσης εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, για την συνέχιση της λήψης ή την παράταση ληφθέντων έκτακτων μέτρων ή την προσφυγή εξ αυτού μόνον του λόγου σε εξαιρετικές διαδικασίες. Ως εκ τούτου, η διοίκηση θα πρέπει να μεριμνά για τον έγκαιρο και ορθολογικό προγραμματισμό της κάλυψης των αναγκών της, κάνοντας χρήση όλων των εργαλείων που ο νομοθέτης θέτει στη διάθεσή της προκρίνοντας την προσφυγή στις λοιπές συνήθεις ανταγωνιστικές διαδικασίες (ανοικτή ή κλειστή), έστω και με χρήση συντετημένων προθεσμιών, αλλά και στη συμφωνία πλαίσιο». Εκ δε των προαναφερθέντων συνάγεται 'επιπαιτέρω ότι στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε πλήρως, ειδικώς και επαρκώς τη συνδρομή των προϋποθέσεων που θέτει η κείμενη νομοθεσία για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια των επίμαχων ειδών.

45. Επειδή, περαιτέρω, η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, δεν αιτιολογείται ειδικώς εν προκειμένω (βλ. και ΑΕΠΠ 961/2021, 1414/2019 και 1415/2019), καθώς ως βασίμως επισημαίνουν οι προσφεύγουσες, η αναθέτουσα αρχή, θα μπορούσε να προσφύγει σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία αλλά ακόμα και να κάνει χρήση της προβλεπόμενης δυνατότητας σύντμησης των προθεσμιών, ώστε να διασφαλισθεί ταχεία, ασφαλής και διαφανής διαδικασία, η οποία προκρίνεται ως κατ' αρχήν η ενδεδειγμένη και από τις σχετικές ενωσιακές Οδηγίες, ενώ ουδόλως αιτιολογείται γιατί η τήρηση των εν λόγω προθεσμιών είναι αδύνατο να συμβαδίσει με την κάλυψη της επίμαχης ανάγκης.

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

46. Επειδή, δοθέντος ότι σύμφωνα με τα εκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις, η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση της ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών των προσφυγών παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ανωτέρω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της ως προς την Ομάδα Α (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49).

47. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

48. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτές.

49. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει τις προδικαστικές προσφυγές.

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν πρωτ. ... ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΣΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΕΣΤ ΤΑΧΕΙΑΣ ΔΙΑΓΝΩΣΗΣ ΤΟΥ ΙΟΥ COVID-19» καθώς και την υπ' αριθμ. 544/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής για την Ομάδα Α, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων στις προσφεύγουσες ποσού εκάστου χιλίων τετρακοσίων εξήντα δύο ευρώ και πενήντα λεπτών (1.462,50 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 9 Μαΐου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 701,702/2022

**Η Πρόεδρος
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Η Γραμματέας
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**