

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 23.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 446/23.03.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ... .., οδός, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες.

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 3494/15-03-2022 πρόσκληση κάλεσε τους οικονομικούς φορείς «.....», «.....» και «.....» να υποβάλλουν προσφορές για το έργο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΔΩΝ Τ... .. ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 6ης – 7ης ΝΟΕΜΒΡΙΟΥ 2020» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 (γ) και 32Α του Ν.4412/2016. Επισημαίνεται ότι ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

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

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

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ λαμβανομένου υπόψη ότι, εν προκειμένω, η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, β) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα,

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

καθόσον κατατέθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ στις 25.03.2022, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η πρώτη προσβαλλόμενη πρόσκληση δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15.03.2022, την αυτή δε ημέρα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση των έτερων δυο προσβαλλόμενων και γ) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

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

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

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 28.03.2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Σημειώνεται ότι ως ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει οριστεί η 28.03.2022.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

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

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

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

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

η μόνη παραδεκτά προσβαλλόμενη πράξη είναι η με αριθμ. πρωτ 3494/15-03-2022 πρόσκληση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου, απαραδέκτως δε ο προσφεύγων στρέφεται κατά των υπ' αριθμ. 370/2021 και 140/2021 αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή ο προσφεύγων, καταρχάς, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής καθώς είναι εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (με αριθμό 29718), δραστηριοποιείται στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων και ισχυρίζεται ότι, αν και διαθέτει όλα τα προσόντα προς υλοποίηση του υπό ανάθεση έργου, δεν κατέστη δυνατό να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, διότι η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην διεξάγει ανοικτή διαδικασία υποβολής προσφορών αλλά επέλεξε την διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του Ν.4412/2016, ως ισχύει, καλώντας τρεις μόνο οικονομικούς φορείς.

12. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, καθώς εν προκειμένω δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του νόμου, η δε αιτιολόγηση της επιλογής της συγκεκριμένης διαδικασίας είναι πλημμελής.

13. 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,

Αριθμός απόφασης: A 250/2022

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).

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

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010).

15. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕΛΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).

16. 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).

17. 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,

Αριθμός απόφασης: A 250/2022

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, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων (βλ. σχετ. ΕΛΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕΛΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον

Αριθμός απόφασης: A 250/2022

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).

18. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (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

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

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)

19. 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».

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

21. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

22. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

23. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως

Αριθμός απόφασης: Α 250/2022

απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

24. Επειδή για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, αν και η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγοι όμως δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

25. Επειδή η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

26. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η υπογραφή της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

27. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος
Αναστέλλει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας εως την έκδοση
απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν
στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α.Α.
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ