

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1254/27.11.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με
την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που
εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Ιδρύματος Ιατροβιολογικών Ερευνών Ακαδημίας Αθηνών
(Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.) (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εμπορικής και Βιομηχανικής Εταιρείας
με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που
εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφαση του Προέδρου
του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ).

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να
γίνει δεκτή η παρέμβασή της υπέρ της διατήρησης της ισχύος της με αριθμό
πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφασης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ
ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ) και να απορριφθεί η υπό κρίση Προσφυγή στο σύνολό της
και για όλα τα αιτήματά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Ίδρυμα Ιατροβιολογικών Ερευνών Ακαδημίας Αθηνών (Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.) ως Αναθέτουσα Αρχή, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 527/07.02.2018 Απόφασης του Προέδρου του (ΑΔΑ 6ΝΜΟ4694Φ7-4Ψ4), ενέκρινε την υπογραφή σύμβασης για την προμήθεια των ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, [¹⁸F]-Choline, [¹⁸F]-FLT, [¹⁸F]-NaF, [¹⁸F]-FDOPA, [¹⁸F]-FET και [¹⁸F]-FPSMA, με προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την εταιρεία με την επωνυμία «.....», ύστερα από την προηγούμενη παροχή της υπ' αριθμ. Δ45/27.04.2018 σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 26, σε συνδυασμό με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, για την επιλογή αναδόχου για την «Προμήθεια ραδιοφαρμάκων για την πραγματοποίηση εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας», για το έτος 2018 (CPV 33696400), προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου εκατόν τριάντα χιλιάδων ευρώ (1.130.000,00 €), στον οποίο δεν περιλαμβάνεται το τέλος που καταβάλλεται στην Ε.Ε.Α.Ε., καθώς και ο αναλογών Φ.Π.Α., με δημοσίευση της υπ' αριθμ. 2018/S 028-060936 προκήρυξης για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια, η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 09.02.2018, με κωδικό ΕΕ/S S28 09/02/2018 60936-2018-EL και στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 13.03.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18PROC002794835. Η εν λόγω σύμβαση ανατέθηκε στην εταιρεία με την επωνυμία «.....», λόγω του ότι, όπως αναφέρει και η προαναφερθείσα σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εκείνη τη χρονική στιγμή δεν υπήρχε άλλος παραγωγός στην Ελλάδα, αλλά ούτε και εισαγωγέας των συγκεκριμένων ραδιοφαρμάκων στη χώρα μας, με την από 21.05.2018 Σύμβαση προμήθειας ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, [¹⁸F]-Choline, [¹⁸F]-FLT, [¹⁸F]-NaF, [¹⁸F]-FDOPA, [¹⁸F]-FET και [¹⁸F]-FPSMA, η οποία δημοσιεύτηκε

στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 07.06.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18SYMV003223654, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 1847/21.05.2018 Απόφασης ανάθεσης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΨ9Γ4694Φ7-Σ4Γ), η οποία δημοσιεύτηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 22.05.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18WRD003133947. Στη συνέχεια, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018, προσβαλλόμενης με την παρούσα, Απόφασης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ), η αναθέτουσα αρχή τροποποίησε την από 21.05.2018 Σύμβαση (Α.Δ.Α.Μ. 18SYMV003223654), με την εταιρεία «.....», για την προμήθεια πρόσθετης ποσότητας ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, [¹⁸F]-Choline, [¹⁸F]-FLT, [¹⁸F]-NaF, [¹⁸F]-FDOPA, [¹⁸F]-FET και [¹⁸F]-FPSMA, για την πραγματοποίηση εξετάσεων ποζιτρονιακής τομογραφίας το έτος 2018, που δεν θα υπερβαίνει σε αξία τις διακόσιες χιλιάδες ευρώ (200.000,00 €), στον οποίο δεν περιλαμβάνεται το τέλος που καταβάλλεται στην Ε.Ε.Α.Ε., καθώς και ο αναλογών Φ.Π.Α., με την αιτιολογία ότι «[...] η σχετική τροποποίηση: (α) οφείλεται σε αυξημένες ανάγκες πραγματοποίησης εξετάσεων, που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν, σύμφωνα με τα μέχρι σήμερα δεδομένα, (β) δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης και (γ) προκαλεί αύξηση της αρχικής αξίας της σύμβασης που δεν υπερβαίνει το 50% αυτής.». Η προσφεύγουσα εταιρεία έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, στις 20.11.2018 και κοινοποίησε την προσφυγή της στην Α.Ε.Π.Π. στις 27.11.2018.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι είναι παράνομη η προσφυγή στη διαδικασία με Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2, στοιχ. β) του Ν. 4412/2016, καθώς και ότι είναι μη επιτρεπτή η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της κατά το άρθρο 132 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 55/2019

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφασης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α. και την επιστροφή του παραβόλου.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 245763183959 0128 0022), ποσού χιλίων ευρώ (1.000,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, η επίδικη διαδικασία ανάθεσης, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της προς ανάθεση συμπληρωματικής σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 30.10.2018, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος (email).

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κοινοποιήθηκε στις 10.12.2018 στην αναθέτουσα αρχή και εν συνεχεία στην Α.Ε.Π.Π., η από 10 Οκτωβρίου 2018 παρέμβαση της Ανώνυμης Εμπορικής και Βιομηχανικής Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της προσβαλλόμενης με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφασης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α. Επομένως, η ασηκηθείσα, κατά τα ανωτέρω, Παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η υπογραφή της συμπληρωματικής σύμβασης ανάθεσης με την εταιρεία με την επωνυμία «.....», μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αποκλείει την εν δυνάμει συμμετοχή της στην προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφασης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ).

Νομίμως και Παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, στο άρθρο 1 «Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής», παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, όπου καθορίζεται το αντικείμενο και το πεδίο εφαρμογής του νόμου, ορίζεται ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της

ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και γ) της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 και της 92/13/ΕΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 και τα άρθρα 46 και 47 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), γ) για τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο III (άρθρα 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού. [...].».

14. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 2 «Ορισμοί», παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1, εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), ορίζεται ότι: «Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί:

1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή

περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 και β) ως «αναθέτοντες φορείς» νοούνται οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια του άρθρου 224, [...].».

15. Επειδή στο άρθρο 26 «Επιλογή των διαδικασιών» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν:

- α) στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα ή
- β) στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31.

2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες, που πληρούν ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα κριτήρια:

αα) αν οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής δεν είναι δυνατόν να ικανοποιηθούν χωρίς προσαρμογή των άμεσα διαθέσιμων λύσεων,

ββ) αν περιλαμβάνουν σχεδιασμό ή καινοτόμες λύσεις,

γγ) αν η σύμβαση δεν είναι δυνατόν να ανατεθεί χωρίς προηγούμενες διαπραγματεύσεις λόγω ειδικών περιστάσεων που σχετίζονται με τη φύση, την πολυπλοκότητα ή τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση ή λόγω των κινδύνων που συνδέονται με τους ανωτέρω παράγοντες,

δδ) αν οι τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι δυνατόν να προκαθοριστούν με επαρκή ακρίβεια από την αναθέτουσα αρχή με αναφορά σε πρότυπο, ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση, κοινή τεχνική προδιαγραφή ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς κατά την έννοια των παραγράφων 2 έως 5 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄,

β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές.

Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγούμενη ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

- α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης,
- β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα,
- γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς,
- δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές.

4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

- α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και
- β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης.

5. Ο διαγωνισμός προκηρύσσεται μέσω προκήρυξης σύμβασης, κατ' εφαρμογή των άρθρων 63 και 122 κατά περίπτωση. Όταν η σύμβαση ανατίθεται με κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, παρά τα προβλεπόμενα στο πρώτο εδάφιο, οι μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές μπορούν να προκηρύσσουν διαγωνισμό μέσω προκαταρκτικής προκήρυξης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 62. Στην περίπτωση αυτή, οι οικονομικοί φορείς που έχουν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους μετά τη δημοσίευση της προκαταρκτικής προκήρυξης προσκαλούνται στη συνέχεια να επιβεβαιώσουν το ενδιαφέρον τους γραπτώς, μέσω «πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος», σύμφωνα με το άρθρο 69.

6. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητά στο άρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.».

16. Επειδή στο άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση», παρ. 2, στοιχ. β) του Ν. 4412/2016 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι: «[...]. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...].

β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους:

αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,

ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,

γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης. [...].».

17. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 132 «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους», παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι: «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν

τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.

β) για τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, εφόσον η αλλαγή αναδόχου:

αα) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους, π.χ. απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον υφιστάμενο εξοπλισμό, υπηρεσίες ή εγκαταστάσεις που παρασχέθηκαν με τη διαδικασία σύναψης της αρχικής σύμβασης, και

ββ) θα συνεπαγόταν σημαντικά προβλήματα ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή.

Ωστόσο, οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η σωρευτική αξία των τροποποιήσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.

Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221).

γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή,

ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης,

γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.

Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου,

δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία:

αα) ρητής ρήτηρας αναθεώρησης ή προαίρεσης, σύμφωνης με την περίπτωση α΄,

ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της

συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου ή

γγ) περίπτωσης που η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του κύριου αναδόχου έναντι των υπεργολάβων του και εφόσον η δυνατότητα αυτή προβλέπεται στις κείμενες διατάξεις, σύμφωνα με το άρθρο 131,

ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παρ. 4.

Οι αναθέτουσες αρχές που τροποποιούν μία σύμβαση στις περιπτώσεις των περιπτώσεων β' και γ' δημοσιεύουν σχετική γνωστοποίηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης. Η γνωστοποίηση αυτή περιέχει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Ζ' του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' και δημοσιεύεται, σύμφωνα με το άρθρο 65.».

18. Επειδή, στο άρθρο 345 «Πεδίο εφαρμογής», παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους.

2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών.

3. Ως «αναθέτουσες αρχές» κατά τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου νοούνται οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς της περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 2.».

19. Επειδή, έτι περαιτέρω, στην υπ' αριθμ. 108 αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ορίζεται ότι: «*Ενδέχεται οι αναθέτουσες αρχές να αντιμετωπίσουν καταστάσεις όπου απαιτούνται πρόσθετες εργασίες, αγαθά ή υπηρεσίες σε τέτοιες περιπτώσεις μπορεί να δικαιολογείται η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία ανάθεσης, ιδίως όπου οι πρόσθετες παραδόσεις αποσκοπούν είτε στη μερική αντικατάσταση είτε στην επέκταση υπηρεσιών, αγαθών ή εγκαταστάσεων που ήδη υπάρχουν, όταν η αλλαγή του προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να δεχτεί υλικό, εργασίες ή υπηρεσίες με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, γεγονός που θα είχε ως αποτέλεσμα την ασυμβατότητα ή την έγερση δυσανάλογων τεχνικών δυσκολιών κατά τη λειτουργία και τη συντήρηση.*».

20. Επειδή, τέλος, στην υπ' αριθμ. 109 αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ορίζεται ότι: «*Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να χρειαστεί να αντιμετωπίσουν εξαιρετικές περιστάσεις τις οποίες ήταν αδύνατον να προβλέψουν όταν ανέθεταν τη σύμβαση, ιδίως όταν η εκτέλεση της σύμβασης καλύπτει μεγάλο χρονικό διάστημα. Σε αυτή την περίπτωση, χρειάζεται ένας βαθμός ευελιξίας για την προσαρμογή της σύμβασης στις εν λόγω περιστάσεις, χωρίς νέα διαδικασία προμήθειας. Η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων αναφέρεται σε περιστάσεις που δεν θα ήταν δυνατόν να προβλεφθούν, παρά την ευλόγως επιμελή προετοιμασία της αρχικής ανάθεσης από την αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένων υπόψη των διαθέσιμων μέσων, της φύσης και των χαρακτηριστικών του συγκεκριμένου έργου, των ορθών πρακτικών στον σχετικό τομέα και της ανάγκης διασφάλισης της κατάλληλης σχέσης μεταξύ των πόρων που δαπανώνται για την προετοιμασία της ανάθεσης και της προβλεπόμενης αξίας της. Εντούτοις, αυτό δεν ισχύει σε περιπτώσεις όπου η τροποποίηση έχει ως αποτέλεσμα την αλλοίωση της φύσης της συνολικής προμήθειας, επί*

παραδείγματι μέσω της αντικατάστασης των προς αγορά έργων, αγαθών και υπηρεσιών με κάτι διαφορετικό ή μέσω της ριζικής αλλαγής του είδους της προμήθειας, καθότι, σε μια τέτοια κατάσταση, μπορεί να θεωρηθεί ότι η τροποποίηση θα μπορούσε υποθετικά να επηρεάσει αποτέλεσμα.».

21. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της, επικαλείται ότι η επέκταση της σύμβασης με την εταιρεία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσα, όπως αποφασίστηκε από την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της προσβαλλόμενης, παραβιάζει το άρθρο 32 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, καθώς δεν συνέτρεχαν οι περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του συγκεκριμένου άρθρου, για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Όπως όμως, προέκυψε από την έρευνα του φακέλου της υπόθεσης και των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του οικείου Κλιμακίου, αλλά και ορθά υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 4277/03.12.2018 έγγραφό της, με θέμα: «Απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «.....» η οποία ασκήθηκε κατά της υπ' αριθ. πρωτ. 4112/19-11-2018 απόφασης του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.», το οποίο κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 03.12.2018, η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αφορά σε εκκίνηση νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης και όχι σε τροποποίηση υπογεγραμμένης και ενεργούς σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της, σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως εν προκειμένω. Εξάλλου, όπως εναργώς επισημαίνεται και στην με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκεια τους»): «[...]. Οι επιτρεπτές τροποποιήσεις δεν θα πρέπει να συγχέονται με την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 29 ν. 4412/2016), με τον ανταγωνιστικό διάλογο (άρθρο 30 ν. 4412/2016) και με τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (άρθρο 32 ν. 4412/2016), που αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, στις οποίες μπορεί να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή υπό τις προϋποθέσεις που τίθενται στις σχετικές διατάξεις και

Αριθμός Απόφασης: 55/2019

μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά σε αυτές, και οι οποίες συνίστανται σε γεγονότα που προκύπτουν είτε κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης είτε στο στάδιο εκτέλεσης αυτής.

Οι περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης δεν αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, αλλά συνίστανται σε καταστάσεις, οι οποίες επιφέρουν τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και εμφανίζονται πάντοτε κατά το στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων.». Στην προκειμένη δε περίπτωση, όπως κρίθηκε, δυνάμει της υπ' αριθμ. Δ45/2018 σύμφωνης Γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία παρασχέθηκε, βάσει του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011, η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. β' του Ν. 4412/2016 για την ανάθεση της προμήθειας ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, ¹⁸F]-Choline, ¹⁸F]-FLT, ¹⁸F]-NaF, ¹⁸F]-FDOPA, ¹⁸F]-FET και ¹⁸F]-FPSMA για την πραγματοποίηση εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας, για το έτος 2018, προϋπολογιζόμενης δαπάνης ενός εκατομμυρίου εκατόν τριάντα χιλιάδων ευρώ (1.130.000,00 €), μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. και της επιβάρυνσης υπέρ της Ελληνικής Επιτροπής Ατομικής Ενέργειας (Ε.Ε.Α.Ε.) και αντίστοιχα η υπογραφή της από 21.05.2018 Σύμβασης προμήθειας ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, ¹⁸F]-Choline, ¹⁸F]-FLT, ¹⁸F]-NaF, ¹⁸F]-FDOPA, ¹⁸F]-FET και ¹⁸F]-FPSMA, η οποία δημοσιεύτηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 07.06.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18SYMV003223654, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 1847/21.05.2018 Απόφασης ανάθεσης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΨ9Γ4694Φ7-Σ4Γ), η οποία δημοσιεύτηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 22.05.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18WRD003133947, κρίθηκαν αμφότερες απόλυτα σύννομες, ως πληρούσες τις περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του νόμου. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, λαμβανομένου υπόψη ότι το άρθρο 32 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, δεν αφορά, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, περίπτωση επιτρεπτής τροποποίησης αρχικά συναφθείσας σύμβαση, κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της,

σύμφωνα με τα ειδικώς οριζόμενα στο άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016, αλλά εκκίνηση νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης, υπό την προϋπόθεση της συνδρομής των αυστηρά τιθέμενων προϋποθέσεων της εν λόγω διάταξης, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται νόμω και ουσία αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

22. Επειδή, περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα προβάλλει τον ισχυρισμό ότι, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, συντρέχει περίπτωση έλλειψης αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει επί της φερόμενης προς κρίση ενώπιόν της Προδικαστικής Προσφυγής, καθώς, όπως αναφέρει χαρακτηριστικά στη σελίδα 8 της κρινόμενης προσφυγής, ο Ν. 4412/2016 καθιερώνει σύστημα προδικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που πορηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης και καθορίζεται η Α.Ε.Π.Π. ως το αρμόδιο όργανο για την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών του αρ. 360 του νόμου αυτού. Σε περίπτωση όμως ήδη καταρτισθείσας δημόσιας σύμβασης, κατά την παρεμβαίνουσα, επί της οποίας έχουν παρέλθει οι προθεσμίες προσβολής της Πράξης Ανάθεσης της Διοίκησης (ή της Σύμβασης) από τον έχοντα έννομο συμφέρον, η Α.Ε.Π.Π. δεν έχει πλέον αρμοδιότητα να κρίνει ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή. Επομένως, αποφάσεις αύξησης των συμφωνηθέντων ποσοτήτων υφιστάμενης συμβάσεως κατά τη διάρκεια λειτουργίας της, οι οποίες δεν αφορούν το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, όπως εν προκειμένω, δεν δύναται να προσβληθούν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αλλά αρμόδια είναι απευθείας τα Διοικητικά Δικαστήρια. Ως εκ τούτου, ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η ασκηθείσα προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, άλλως ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

23. Επειδή, ωστόσο, ο ανωτέρω ισχυρισμός προβάλλεται αλυσιτελώς εκ μέρους της παρεμβαίνουσας και κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους εξής λόγους. Όπως προκύπτει από την αδιάσπικτη διατύπωση του άρθρου 1 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ο Ν. 4412/2016 θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του

Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), γ) για τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο III (άρθρα 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και τέλος, δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374). Επίσης, με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 4412/2016, ρητά ορίζεται ότι οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού. Στις ανωτέρω διατάξεις, αδιαμφισβήτητα εμπίπτει και το άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Επιλογή των διαδικασιών», το οποίο αποτελεί μεταφορά του αντίστοιχου άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το οποίο στην παρ. 6 ορίζει ότι: *«Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητά στο άρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.»*. Το δε άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει στην παρ. 2, περιπτ. β) ότι: *«Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...].*

β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους:

αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης,

ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους,

γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης.». Η δε προσφυγή στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32, προϋποθέτει προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) για συμβάσεις προμηθειών άνω των ορίων (άρθρο 5 «Κατώτατα όρια» (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170), όπου ορίζεται ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 5.225.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, [...]»), όπως εν προκειμένω, ρητά προβλέπεται από το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011, ότι: «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 εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, 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 «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.» (Το πρώτο και το δεύτερο εδάφιο της υποπερίπτωσης δδ', όπως αυτή είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 61 παρ.1 Ν. 4146/2013, ΦΕΚ Α' 90/18.04.2013, τροποποιήθηκαν ως άνω με το άρθρο 21 παρ. 2 Ν. 4441/2016, ΦΕΚ Α' 227/06.12.2016.). Συνεπώς, από τις προαναφερόμενες διατάξεις του Ν. 4412/2016 εναργώς συνάγεται ότι η διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 β) σε συνδυασμό με το άρθρο 26 παρ. 6, σε καμία περίπτωση δεν εξαιρείται της

εφαρμογής των διατάξεων του νόμου και μεταξύ αυτών και της εφαρμογής των άρθρων 345-374 του Βιβλίου IV, που αφορούν την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων μέσω των διαδικασιών ανάθεσης που προβλέπονται στα άρθρα του Ν. 4412/2016. Ομοίως όμως, δεν εξαιρείται του πεδίου παροχής έννομης προστασίας ούτε η διάταξη του άρθρου 132 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καίτοι δεν αφορά διαδικασία σύναψης νέας σύμβασης, αλλά τροποποίηση ήδη υπογεγραμμένης και εκτελούμενης σύμβασης, κατά τη διάρκεια ισχύος της, με συνέπεια, υπό το πρίσμα των οριζομένων στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016: *«Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.*

Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.», να μην αμφισβητείται σε καμία περίπτωση η αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει και επί προδικαστικών προσφυγών, που ασκούνται από οικονομικό φορέα κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίζεται η τροποποίηση σύμβασης κατά τη διάρκειά της, σύμφωνα με το άρθρο 132 του νόμου. Διαφορετική ερμηνευτική προσέγγιση του ανωτέρω πλέγματος διατάξεων, όπως αυτή που επιχειρεί η παρεμβαίνουσα, όχι μόνο δεν βρίσκει έρεισμα σε αυτές και ειδικότερα στην παρ. 1 του άρθρου 345 του Ν. 4412/2016, αλλά θα συνιστούσε μία *contra legem* ερμηνεία, η οποία θα κατέλυε κάθε έννοια ασφάλειας δικαίου και παροχής αποτελεσματικής έννομης προστασίας, επιφέροντας ανεπίτρεπτη διάσπαση του θεσμικού πλαισίου της προδικαστικής προσφυγής του Ν. 4412/2016, επιτρέποντας μεν την άσκηση αυτής μόνο κατά αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής για εκκίνηση διαδικασίας σύναψης σύμβασης κατά το άρθρο 32 του Ν. 4412/2016, αλλά όχι και για την τροποποίηση αυτών κατά τη διάρκεια εκτέλεσής τους κατά το άρθρο 132 του νόμου, παραπέμποντας αυτές, κατά παράλειψη του προδικαστικού σταδίου παροχής έννομης προστασίας, απευθείας στα Διοικητικά Δικαστήρια. Ως εκ περισσού δε τονίζεται, ότι η προβλεπόμενη από το άρθρο 360 του Ν.

4412/2016, Προδικαστική Προσφυγή, στοχεύει στην εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος (βλ. σελ. 71 της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, αλλά και σελ. 5-6 του υπ' αριθμ. 51/2017 Πρακτικού Συνεδριάσεως και Γνωμοδότηση του Συμβουλίου της Επικρατείας, Τμήμα Ε'), επιφορτισμένου με την άσκηση οιοσδήποτε δικαιοδοτικού έργου για την επίλυση διαφορών που προκύπτουν από την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4412/2016 (σελ. 72 της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου) και μάλιστα κατ' αποκλειστικότητα (πρβλ. παρ. 1-3 του άρθρου 360). Τα ανωτέρω δε προκύπτουν, όπως αναφέρθηκε, δεδομένου ότι αφενός η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 του νόμου κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών και αφετέρου λόγω του ότι δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παρ. 1 του άρθρου 360.

24.Επειδή, έτι περαιτέρω, δεν αμφισβητείται σχετικά ούτε η φύση του Ιδρύματος Ιατροβιολογικών Ερευνών Ακαδημίας Αθηνών (Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.) ως «αναθέτουσας αρχής», αφού όπως ήδη κρίθηκε δυνάμει της υπ' αριθμ. Δ45/27.04.2018 σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.): «[...] Το υπό εξέταση αίτημα του Ιδρύματος Ιατροβιολογικών Ερευνών Ακαδημίας Αθηνών (Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α), το οποίο συνιστά αναθέτουσα αρχή, κατά το άρθρο 2, παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016, όπως αναλυτικά αποτυπώθηκε στο ανωτέρω νομικό πλαίσιο που διέπει τον φορέα (ενν. τα άρθρα 1 παρ. 1 και 2, 3, 5 παρ. 1 και 6 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 420/1991), αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, με την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. [...]».

Κατά δε την απερίφραστη διατύπωση του άρθρου 2 παρ. 1, στοιχ. 1) α) και παρ. 4 του Ν. 4412/2016: «Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 [...]. 4) ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχουν νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου». Όπως λοιπόν προκύπτει από τον συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων, αναμφισβήτητα, το Ίδρυμα Ιατροβιολογικών Ερευνών Ακαδημίας Αθηνών (Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.), κατά τη διεξαγωγή διαγνωστικών διαδικασιών, περιλαμβανομένης και της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2 β) του Ν. 4412/2016 για την ανάθεση συμβάσεων, εμπίπτει σαφώς στο ρυθμιστικό πλαίσιο του τελευταίου και προφανώς και στις ρυθμίσεις που αφορούν την έννομη προστασία οποιουδήποτε έχει έννομο 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, σύμφωνα με τη διατύπωση της παρ. 1 του άρθρου 360.

25. Επειδή, επιπλέον, σε συνέχεια των ανωτέρω παραδοχών (βλ. σκέψεις 22-24 της παρούσας), απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος κρίνεται και ο δεύτερος ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, σχετικά με την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα επικαλείται

ότι η προσφεύγουσα στερείται άμεσου εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, δεδομένου ότι κατά τον χρόνο κατάρτισης της αρχικής από 21.05.2018 Σύμβασης προμήθειας ραδιοφαρμάκων ¹⁸F]-FDG, [¹⁸F]-Choline, [¹⁸F]-FLT, [¹⁸F]-NaF, [¹⁸F]-FDOPA, [¹⁸F]-FET και [¹⁸F]-FPSMA, η οποία δημοσιεύτηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 07.06.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18SYMV003223654, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 1847/21.05.2018 Απόφασης ανάθεσης του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΨ9Γ4694Φ7-Σ4Γ), η οποία δημοσιεύτηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 22.05.2018, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 18WRD003133947, μεταξύ της εταιρείας «.....» και της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα δεν δραστηριοποιείτο στην Ελληνική αγορά, δεν έλαβε μέρος στη διαδικασία διαπραγμάτευσης ούτε μπορούσε να λάβει, περαιτέρω δε, δεν αποτελεί συμβαλλόμενο μέρος και επομένως, δεν νομιμοποιείται να προσβάλλει το κύρος ενεργούς δημόσιας σύμβασης, η οποία βρίσκεται σε πλήρη ισχύ και παράγει τα αποτελέσματά της μέχρι τις 31.12.2018. Ως εκ τούτου, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί λόγω έλλειψης άμεσου εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της προσφεύγουσας. Εντούτοις, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα στη σελ. 6 της κρινόμενης προσφυγής της, η ίδια κατά τον χρόνο υπογραφής της αρχικής από 21.05.2018 σύμβασης προμήθειας με την παρεμβαίνουσα, πράγματι δεν δραστηριοποιείτο στον χώρο της εμπορίας των προς προμήθεια ραδιοφαρμάκων της επίμαχης σύμβασης. Ωστόσο, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ήδη η προσφεύγουσα, ως αποκλειστικός διανομέας της βουλγαρικής εταιρείας με την επωνυμία «.....», εμπορεύεται στην Ελλάδα, το ραδιοφάρμακο ¹⁸F]-FDG, το οποίο χρησιμοποιείται για την πραγματοποίηση εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας, διαθέτοντας πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του οργανισμού πιστοποίησης TÜV Hellas, με ισχύ μέχρι και την 01.06.2019 για την εμπορία,

διακίνηση φαρμάκων, ραδιοφαρμάκων, κλπ. Αντίστοιχα, η παραγωγός του εν λόγω ραδιοφαρμάκου βουλγαρική εταιρεία, διαθέτει πιστοποιητικό GMP του Οργανισμού Φαρμάκων της Βουλγαρίας, πιστοποιητικό ISO 9001:2015, με ισχύ έως το έτος 2021 και τέλος, άδεια κυκλοφορίας αυτού στην Ελλάδα. Συνεπώς, σύμφωνα με όσα αναλυτικά ανπτύχθηκαν και ανωτέρω (βλ. σκέψη 23), λαμβάνοντας υπόψη ότι η νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής για την τροποποίηση των όρων εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της, θα πρέπει να κριθεί υπό το πρίσμα των αυστηρών και περιοριστικά απαριθμούμενων προϋποθέσεων του άρθρου 132 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ, όπως ήδη ειπώθηκε, η νομιμότητα μιας τέτοιας απόφασης, κρίνεται αυτοτελώς, στα πλαίσια παροχής αποτελεσματικής έννομης προστασίας του Ν. 4412/2016, ανεξάρτητα από τη νομιμότητα της εξ αρχής προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ 2 β), που έδωσε αφορμή για την υπογραφή της αρχικής σύμβασης, μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας και ως εκ τούτου, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, βάσει του άρθρου 132, ανανεώνεται για τους εν δυνάμει ενδιαφερόμενους να ασκήσουν προδικαστική προσφυγή, οικονομικούς φορείς, καίτοι δεν συμμετείχαν στην αρχική εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32. Ταυτόχρονα, όπως κατέστη σαφές και δυνάμει της υπ' αριθμ. υπ' αριθμ. Δ45/27.04.2018 σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «[...] Τέλος, όπως έχει ήδη επισημανθεί και με προηγούμενες γνώμες της Αρχής (βλ. 201/2015, 79/2016, 26/2017) σε αντίστοιχα αιτήματα της ίδιας αναθέτουσας αρχής και ανεξάρτητα από την ως άνω τεκμηρίωση ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι δεν υφίσταται ανταγωνισμός, στην προκειμένη περίπτωση, για τεχνικούς λόγους, παρά το ότι η μοναδικότητα του προμηθευτή στην προκειμένη περίπτωση έχει παροδικά χαρακτηριστικά, τα οποία εξετάζονται *ad hoc* σε δεδομένο χρονικό σημείο. Γι' αυτό και συνιστάται στο μέλλον η διενέργεια ανοιχτής διαγωνιστικής διαδικασίας, έστω και αν σε δεδομένη χρονική στιγμή εμφανίζεται μόνο ένας υποψήφιος προμηθευτής. [...]», ενόψει του παροδικού χαρακτήρα της μοναδικότητας του προμηθευτή και του ότι, σε αντίθεση με τον χρόνο υπογραφής της από 21.05.2018 αρχικής

σύμβασης, αλλά και σε αντίθεση με όλα τα προηγούμενα έτη, κατά τα οποία η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ήταν μονόδρομος, λόγω έλλειψης εναλλακτικής λύσης, αφού δεν υπήρχε έτερος προμηθευτής, πλέον τα δεδομένα έχουν μεταβληθεί, εφόσον, η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στον χώρο της εμπορίας ραδιοφαρμάκων για την πραγματοποίηση ποζιτρονικής τομογραφίας. Ανεξάρτητα λοιπόν, από το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη με την κρινόμενη προσφυγή, απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφορά στην επέκταση του συμβατικού αντικειμένου μιας εκτελούμενης σύμβασης, δεν τίθεται εν αμφιβόλω ότι η παρουσία στην αγορά έτερου εν δυνάμει προμηθευτή του συμβατικού αντικειμένου, ασφαλώς και στοιχειοθετεί άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την προσβολή της με προδικαστική προσφυγή, καθώς, μπορεί βάσιμα να υποστηρίξει ότι αν διεξαγόταν διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου της επέκτασης, όπως αυτό ορίζεται στην προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, πράγματι θα μπορούσε να επιδιώξει και εν τέλει να επιτύχει την κατακύρωσή του σε αυτήν και άρα, βλάπτεται από την προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, η οποία εξ ορισμού, την αποκλείει από τη δυνατότητα να ανακηρυχθεί ανάδοχος και κατά συνέπεια, υφίσταται ζημία από την προσβαλλόμενη απόφαση.

26. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης Προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. α) και γ) του Ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια, δεν είναι επιτρεπτή η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αλλά και επικαλείται και η ίδια στις προαναφερθείσες απόψεις της, η απόφαση για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης με την παρεμβαίνουσα, εδράζεται αποκλειστικά και μόνο στη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ), ήτοι τις απρόβλεπτες περιστάσεις που ενσκήπτουν κατά τη

διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και καθιστούν επιβεβλημένη την τροποποίησή της. Κατά συνέπεια, τα αναφερόμενα στην υπό κρίση προσφυγή, σελ. 8-11 αυτής, υπό 1^ο και αφορούν την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης της αναθέτουσας αρχής με την παρεμβαίνουσα, βάσει της περιπτ. α) της παρ. 1 του άρθρου 132, προβάλλονται αλυσιτελώς και πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Ωστόσο, ενόψει του ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι με την προσβαλλόμενη παραβιάστηκε η περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, λεκτέα είναι τα εξής.

27. Επειδή, η διάταξη του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο το αντίστοιχο άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζει μία από τις πλέον σημαντικές καινοτομίες που εισάγει το νέο θεσμικό πλαίσιο στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών, καθώς για πρώτη φορά περιλαμβάνονται σε αυτές διατάξεις που εκφεύγουν του λεγόμενου «προσυμβατικού σταδίου» ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, δοθέντος ότι όλες οι προϋφιστάμενες Οδηγίες περιορίζονταν σε διατάξεις που ρύθμιζαν και επιχειρούσαν να εναρμονίσουν τις εθνικές νομοθεσίες των κρατών-μελών της Ένωσης μόνο ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης και αφορούν πλέον το στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων. Με τις νέες διατάξεις, οι οποίες αφορούν την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους, κωδικοποιείται η πλούσια νομολογία του ΔΕΕ (βλ. ιδίως, απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2004, C-496/99, απόφαση της 19^{ης} Ιουνίου 2008, C-454/06, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236, Presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Republik Österreich (Bund), EU:C:2008:351, Συλλογή Νομολογίας 2008 I-04401, απόφαση της 5^{ης} Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή Νομολογίας 2000, σελ. I-8377, σκέψεις 44 και 46, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2011, C-601/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή Νομολογίας 2011, σελ. I-00163, ιδίως σκ. 31 και απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2010, C-160/08, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, EU:C:2010:230, Συλλογή της Νομολογίας 2010 I-03713, σκέψεις 99-101), όπως αυτή αντιμετώπισε και

ερμήνευσε πληθώρα ζητημάτων που ανέκυπταν κατά το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων, με στόχο αφενός να τεθούν κάποιοι κοινοί κανόνες ως προς τις μη ρυθμισμένες μέχρι σήμερα, σε ενωσιακό επίπεδο τουλάχιστον, τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και αφετέρου να περιοριστούν τα φαινόμενα διαφθοράς και συμπαιγνίας που εντοπίζονται πολλές φορές στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, ιδίως μέσω της πρακτικής των πρόσθετων αναθέσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στον αρχικό ανάδοχο για διάφορους λόγους (συμπληρωματικά έργα/υπηρεσίες, απρόβλεπτες περιστάσεις κλπ.). Με το άρθρο 132 του Ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε η αντίστοιχη ρύθμιση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία αφορά αφενός στις περιπτώσεις, των επιτρεπτών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, ήτοι των περιπτώσεων εκείνων στις οποίες επιτρέπεται, με τις αυστηρές προϋποθέσεις, που προβλέπονται στις επιμέρους παραγράφους του ίδιου άρθρου, να τροποποιηθεί η αρχική σύμβαση, χωρίς να απαιτείται εκκίνηση νέας διαδικασία σύναψης και αφετέρου στα κριτήρια που καθιστούν την τροποποίηση μίας σύμβασης σε τέτοιο βαθμό, ουσιώδη, ώστε καθίσταται επιβεβλημένη η εκκίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Τονίζεται δε, ότι η σχετική περιπτώσιολογία επιτρεπτών τροποποιήσεων της σύμβασης κατά τη διάρκειά της, δεν είναι ενδεικτική, αλλά απαριθμείται περιοριστικά στο εν λόγω άρθρο και είναι επιτρεπτή μόνο στις συγκεκριμένες περιπτώσεις, με την ταυτόχρονη τήρηση σωρευτικά των οικείων, κατά περίπτωση, προϋποθέσεων, οπότε και επιτρέπεται η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς να ακολουθήσει η αναθέτουσα αρχή νέα διαδικασία ανάθεσης (βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»). Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα ανωτέρω λεχθέντα, το άρθρο 132 προβλέπει τρεις διαφορετικές περιπτώσεις τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους: α) τις επιτρεπτές τροποποιήσεις, όπως αυτές εξειδικεύονται περαιτέρω στις περιπτώσεις α)-ε) της παρ. 1, για τις οποίες όμως πρέπει να τηρούνται σωρευτικά οι περιοριστικά απαριθμούμενες στον νόμο προϋποθέσεις εφαρμογής τους, β) τις περιπτώσεις ήσσονος αξίας («de

minimis) τροποποιήσεων, όπου και πάλι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 132, οι τροποποιήσεις αυτές είναι αποδεκτές υπό προϋποθέσεις, χωρίς να απαιτείται να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης και γ) στις περιπτώσεις της παρ. 4, όπου η τροποποίηση της σύμβασης θεωρείται τόσο ουσιώδης, με συνέπεια, να μην είναι ανεκτή και η εκκίνηση νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, να αποτελεί μονόδρομο για την τελευταία.

28. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί, ότι για την εφαρμογή όλων των περιπτώσεων του άρθρου 132, πρέπει κατ' αρχήν να πληρούται μία οριζόντια προϋπόθεση, η οποία συνίσταται στο ότι η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης πρέπει να λαμβάνει χώρα κατά τον χρόνο που διαρκεί η τελευταία, ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο αυτή εκτελείται ακόμα. Υπό την έννοια αυτή και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 202 του Ν. 4412/2016, στην προκειμένη περίπτωση, βρίσκει εφαρμογή το άρθρο 132 του Ν. 4412/2016, καθώς πράγματι, όπως προέκυψε από την προσβαλλόμενη απόφαση, η τελευταία λήφθηκε, με σκοπό την τροποποίηση διαρκούς και εκτελούμενης σύμβασης, πριν το πέρας αυτής, κατά την έννοια των υποπεριπτώσεων α)-δ) του άρθρου 202 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου, η επίμαχη τροποποίησή της, εμπίπτει πράγματι στο ρυθμιστικό πλαίσιο του άρθρου 132. Όπως άλλωστε, υποστηρίζει και η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της, η αρχική σύμβαση με την παρεμβαίνουσα προέβλεπε στο άρθρο 10 αυτής, ότι η σχετική προμήθεια θα εκτελεστεί κατά τη διάρκεια του έτους 2018, ήτοι από 01.01.2018 έως 31.12.2018, ενώ η προσβαλλόμενη απόφαση τροποποίησής της, ελήφθη στις 19.11.2018, ήτοι ενόσω η αρχική σύμβαση ήταν σε ισχύ κατά ανωτέρω εκτεθέντα, γεγονός που δεν αμφισβητεί ούτε και η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία λήφθηκε εν προκειμένω, από την αναθέτουσα αρχή κατ' επίκληση της περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, θα πρέπει να κριθεί υπό του πρίσμα των προϋποθέσεων νομιμότητας που θέτει η συγκεκριμένη διάταξη.

29. Επειδή, τέλος, επισημαίνεται ότι ορισμένες περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 132 (πχ. οι περιπτ. β) και γ) της παρ. 1), υπό το πρίσμα των προηγούμενων και ήδη καταργηθεισών Οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK (άρθρο 31 παρ. 1-4 και 40 παρ. 3 αντίστοιχα), καθώς και των ΠΔ 60/2007 και 59/2007 (άρθρα 25 παρ. 1-4 και 25 παρ. 3 αντίστοιχα), αποτελούσαν περιπτώσεις, για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, ενώ πλέον εμπίπτουν ρητά στις περιπτώσεις τροποποίησης της αρχικής σύμβασης. Ωστόσο, οι περισσότερες προϋποθέσεις εφαρμογής των ανωτέρω περιπτώσεων, συμπεριλαμβανομένης της εξεταζόμενης εν προκειμένω διάταξης της περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, η οποία θα αναλυθεί ακολούθως, ταυτίζονται, καίτοι η ορολογία που χρησιμοποιείται είναι εν μέρει διαφορετική, με τις προϋποθέσεις των προϋφιστάμενων διατάξεων και έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο ερμηνείας τόσο σε ενωσιακό επίπεδο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια. Κατά συνέπεια, στα πλαίσια της εξέτασης του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου προσφυγής, υπό 2^ο (σελ. 11-12 της κρινόμενης προσφυγής) για τη διαπίστωση της συνδρομής σωρευτικά των προϋποθέσεων εφαρμογής της περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, στον βαθμό που κρίνεται απαραίτητο και προκειμένου να σχηματιστεί η πεποίθηση του οικείου Κλιμακίου περί της φερόμενης προς κρίση ενώπιόν του διαφοράς, θα γίνει κατ' αναλογία, αναφορά στη διαμορφωθείσα νομολογία των εθνικών δικαστηρίων και του ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας των διατάξεων του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος για τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες που οφείλονται σε γεγονότα απρόβλεπτα.

30. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ), προκειμένου να συντρέξει η τρίτη κατά σειρά προβλεπόμενη επιτρεπτή τροποποίηση αρχικής σύμβασης, θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις. Αρχικά, η ανάγκη για την τροποποίηση θα πρέπει να οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, τις οποίες δεν μπορούσε να προβλέψει

μία επιμελής αναθέτουσα αρχή κατά τον αρχικό σχεδιασμό της διαδικασίας ανάθεσης, ώστε να τις συμπεριλάβει στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης. Η δεύτερη προϋπόθεση, επιβάλλει να μην μεταβάλλεται η συνολική φύση της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της αλλοίωσης του αντικείμενου της τροποποιητικής σύμβασης, σε σχέση με το αντικείμενο της τροποποιούμενης αρχικής. Η τρίτη προϋπόθεση, αφορά στην απαγόρευση να υπερβεί το αντικείμενο της τροποποιητικής σύμβασης το πενήντα της εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση δε, οι επακόλουθες τροποποιήσεις που επιφέρει η τροποποιητική σύμβαση, δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016. Τέλος, απαιτείται ως παρεπόμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής και η γνωστοποίηση της τροποποίησης στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε, περιέχοντας τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Ζ΄ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α΄ και η οποία δημοσιεύεται σύμφωνα με το άρθρο 65 του Ν. 4412/2016.

31.Επειδή, αναφορικά με την πρώτη προϋπόθεση, η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων έχει τύχει, όπως ήδη ειπώθηκε, νομολογιακής επεξεργασίας τόσο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια, στο πλαίσιο ερμηνείας του προϊσχύσαντος νομοθετικού καθεστώτος για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες, οφειλόμενους σε απρόβλεπτα γεγονότα και ως εκ τούτου υπό αυτό το πρίσμα θα πρέπει να εξεταστεί κατ' αναλογία περαιτέρω. Όπως γίνεται παγίως δεκτό, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (και άρα αντίστοιχα εν προκειμένω αποφασίζεται η τροποποίηση της σύμβασης κατά τη διάρκειά της), επιβάλλεται δε 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 (εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π.) (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 και άρα και η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης κατά το άρθρο 132 παρ. 1 περιπτ. γ) του Ν. 4412/2016, 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 2^{ας} Αυγούστου 1993, C-107/92, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΕU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γερμανίας, ΕU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2^{ας} Ιουνίου 2005, Ψ-68/04, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελλάδας, ΕU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40). Κατά συνέπεια, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η τροποποίηση εκτελούμενης αρχικής σύμβασης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις κατά την παρ. 1 περιπτ. γ) του άρθρου 132, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η εφαρμογή της οποίας επιτρέπεται μόνο στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις και μόνο μετά από τη διαπίστωση της σωρευτικής πλήρωσης όλων των απαριθμούμενων στην εν λόγω διάταξη, προϋποθέσεων. Συναφής δε, με την εξαιρετική περίπτωση προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγματεύση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως, 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, είναι η επιτρεπτή τροποποίηση εκτελούμενων συμβάσεων κατά τη διάρκεια εκτέλεσής τους, λόγω απρόβλεπτων γεγονότων, η οποία πλέον βάσει του άρθρου 72 παρ. 1 περιπτ. γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) του Ν. 4412/2016 εμπίπτει ρητά στις περιπτώσεις επιτρεπτής, υπό αυστηρές προϋποθέσεις, τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης. 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.). Πρόκειται δηλαδή, για όλως έκτακτα και ασυνήθιστα γεγονότα, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν σύμφωνα με τους κανόνες και τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής (ΣτΕ 1747/2011, ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης 2490/2015 και ΕλΣυν 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008 Πράξεις του VI Τμ. και Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με υπ' αριθμ. 121/2016, 113/2016, 103/2016, 62/2016, 299/2015, 258/2015, 244/2015, 223/2015 Αποφάσεις της).

32. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) και πλέον κατ' αναλογία και οι διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 1 περιπτ. γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) του Ν. 4412/2016, 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 και την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται (βλ. κατ' αναλογία αποφάσεις της 10^{ης} Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58, της 18^{ης} Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8^{ης} Απριλίου 2008, C-337/05, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-2173, σκέψεις

57 και 58). Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι απρόβλεπτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση από τη διεξαγωγή τακτικού διαγωνισμού και την προσφυγή στη διαδικασία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης κατά τις ανωτέρω διατάξεις, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10^{ης} Μαρτίου 1987, C-199/85, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή Νομολογίας 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2^{ας} Ιουνίου 2005, C-394/02, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλογή Νομολογίας 2005, I-4713, σκέψη 33).

33. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ), όφειλε να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης με την παρεμβαίνουσα, αποκλείοντας το άνοιγμα της τροποποιητικής σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Τα ανωτέρω δε, ιδίως, ενόψει του παροδικού χαρακτήρα της μοναδικότητας του προμηθευτή, όπως ανέφερε χαρακτηριστικά και η υπ' αριθμ. Δ45/27.04.2018 σύμφωνη γνώμη Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εφόσον όπως αποδείχθηκε, σε αντίθεση με τον χρόνο υπογραφής της από 21.05.2018 αρχικής σύμβασης, αλλά και σε αντίθεση με όλα τα προηγούμενα έτη, κατά τα οποία η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ήταν μονόδρομος, λόγω έλλειψης εναλλακτικής λύσης, αφού δεν υπήρχε έτερος προμηθευτής, πλέον κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, τα δεδομένα είχαν μεταβληθεί, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα είχε στο μεταξύ αρχίσει να δραστηριοποιείται στον χώρο της εμπορίας ραδιοφαρμάκων για την πραγματοποίηση ποζιτρονικής τομογραφίας. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των ανωτέρω λόγων, θα έπρεπε να

προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα. Επί της πλήρωσης δε της ως άνω πρώτης προϋπόθεσης, περί της ύπαρξης απρόβλεπτων περιστάσεων που δικαιολογούσαν την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή στις υποβληθείσες απόψεις της αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «B) Η ανάγκη τροποποίησης οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις

Το Ι.Β.Ε.Α.Α. κατάρτισε τον προϋπολογισμό του για το οικονομικό έτος 2018 λαμβάνοντας υπόψη:

1) Τα στοιχεία του συνημμένου Υποδείγματος 5 «Προϋπολογισμού αποτελέσματος χρήσεως και ταμειακού προϋπολογισμού οικ. Χρήσης 2018» (ΑΔΑ: 727Φ4694Φ7-ΡΓ5), σύμφωνα με τα οποία, ο απολογισμός του οικονομικού έτους 2016 του Ιδρύματος αποτύπωσε αρνητικά αποτελέσματα χρήσης (- 2.376.982,85 €) και σύμφωνα με τα οποία, αρνητικά αποτελέσματα, προέκυπταν για τις αντίστοιχες εκτιμήσεις αποτελέσματος χρήσης και του οικονομικού έτους 2017 (- 3.637.964,37 €).;

2) το έγγραφο του Υπουργείου Παιδείας, Έρευνας και Θρησκευμάτων με αρ. πρωτ. 129476/Β2/28-07-2017, σύμφωνα με το οποίο ο προϋπολογισμός του Ιδρύματος πρέπει να παρουσιάζει πλεόνασμα σε ποσοστό 6%.

Υφίστατο συνεπώς για το έτος 2018 ανάγκη διατήρησης σταθερών και σε κάποιες περιπτώσεις, όπου αυτό ήταν δυνατό, μείωσης δαπανών / εξόδων του Ιδρύματος.

Το Ι.Β.Ε.Α.Α. συνεκτιμώντας τα παραπάνω, ήτοι ότι:

1) το έτος 2016 οι συνολικές δαπάνες προμήθειας αναλωσίμων για την πραγματοποίηση εξετάσεων PET ανήλθαν σε 1.090.499,26 € (βλέπε συνημμένο αναλυτικό ισοζύγιο λογαριασμού 64.08.09 «Αναλώσιμα PET CAMERA» έτους 2016) και

2) το έτος 2017 οι αντίστοιχες δαπάνες ανήλθαν σε 1.152.200,66 € (βλέπε συνημμένο αναλυτικό ισοζύγιο λογαριασμού 64.08.09 «Αναλώσιμα PET CAMERA» έτους 2017),

και διέθεσε στον αντίστοιχο κωδικό που αφορά σε δαπάνες αναλωσίμων για την πραγματοποίηση εξετάσεων PET του προϋπολογισμού του οικονομικού έτους

Αριθμός Απόφασης: 55/2019

2018 , πιστώσεις ύψους 1.150.000,00€, ήτοι πιστώσεις ίσες με τις πραγματοποιηθείσες δαπάνες κατά το προηγούμενο έτος (2017).

Για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων για εξετάσεις ποζιτρονικής τομογραφίας για το έτος 2018, προϋπολογίσθηκε και δεσμεύτηκε, με την υπ' αριθ. πρωτ. 427/31-01-2018 / ΑΔΑ: 65ΔΝ4694Φ7-Λ9Χ απόφαση, ποσό ύψους 1.130.000,00 €, αφενός, διότι αντίστοιχες υπήρξαν οι δαπάνες της εν λόγω προμήθειας το προηγούμενο έτος (2017), αφετέρου δε διότι, εκ των υπολοίπων διαθέσιμων πιστώσεων θα έπρεπε να καλυφθούν και άλλες ανάγκες αναλωσίμων, όπως σύριγγες, βελόνες, γάντια, μάσκες, γάζες, ιατρικά αέρια, κλπ.

Στη συνέχεια όταν κατά την διάρκεια εκτέλεσης της υπ' αριθ. 18SYMV003223654 σύμβασης (εντός του τρέχοντος έτους και κατά το τελευταίο τετράμηνο) παρατηρήθηκε ιδιαίτερα μεγάλη αύξηση της ζήτησης πραγματοποίησης εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας και ως εκ τούτου υπήρξε ανάγκη προμήθειας πρόσθετης ποσότητας ραδιοφαρμάκων,

Το Διοικητικό Συμβούλιο του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. στην υπ' αριθ. 206 /12-10-2018, συνεδρίασή του ενέκρινε αφενός την τροποποίηση της ανωτέρω σύμβασης, αφετέρου την τροποποίηση του προϋπολογισμού του οικονομικού έτους 2018 του Ιδρύματος, λαμβάνοντας υπόψη την εισήγηση της προϊσταμένης του Τμ. Οικονομικών Θεμάτων του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. που κάνει λόγο για «αυξημένες έκτακτες ανάγκες που προέκυψαν» εντός του έτους (βλέπε συνημμένο απόσπασμα πρακτικού που αναρτήθηκε στις 24/10/2018 στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ λαμβάνοντας ΑΔΑ: ΨΓ434694Φ7-02Ν).

Ο τροποποιημένος προϋπολογισμός του έτους 2018, στον οποίο περιλαμβάνονταν πρόσθετες πιστώσεις στον κωδικό εξόδων χρήσης 64.08 «Υλικά άμεσης ανάλωσης» απεστάλη στο Υπουργείο Παιδείας Έρευνας και Θρησκευμάτων στις 25/10/2018.

Η ανωτέρω τροποποίηση εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 197914/19-11-2018 / ΑΔΑ: 7ΑΖΗ4653ΠΣ-Α1Φ απόφαση «1ης τροποποίησης του προϋπολογισμού του οικονομικού έτους 2018 του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α.» του Υπουργού Παιδείας, Έρευνας & Θρησκευμάτων και σε συνέχεια αυτής, το Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. εξέδωσε την υπ' αριθ. πρωτ. 4112/19-11-2018 / ΑΔΑ: ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ απόφαση τροποποίησης της

υπ' αριθ. 18SYMV003223654 αρχικής σύμβασης με την εταιρεία για την προμήθεια πρόσθετης ποσότητας ραδιοφαρμάκων [18F]-FDG, [18F]-Choline, [18F]-FLT, [18F]-NaF, [18F]-FDOPA, [18F]-FET και [18F]-FPSMA για το έτος 2018.

Συνοψίζοντας, το Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. παρ' όλη την δύσκολη οικονομική συγκυρία, προϋπολόγισε και διέθεσε πιστώσεις για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων για το έτος 2018, ποσού αντίστοιχου με τις πραγματοποιηθείσες δαπάνες το έτος 2017. Η ιδιαίτερα αυξημένη προσέλευση ασθενών, ωστόσο, για πραγματοποίηση εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας, η οποία δεν ήταν προβλεπόμενη, οδήγησαν στην ανάγκη τροποποίησης του προϋπολογισμού τού Ιδρύματος του οικονομικού έτους 2018, για την διασφάλιση πρόσθετων πιστώσεων, ικανών να καλύψουν τις έκτακτες απρόβλεπτες ανάγκες προμήθειας, των απαιτούμενων για την πραγματοποίηση των εξετάσεων, ραδιοφαρμάκων.». Τα αυτά δε, σχετικά με την πλήρωση του συνόλου των προϋποθέσεων του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) υποστηρίζει και η παρεμβαίνουσα, με την ασκηθείσα παρέμβασή της.

34. Επειδή, ωστόσο, από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. δεν προέκυψε άνευ άλλου τινός η πλήρωση της πρώτης προϋπόθεσης της περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132. Συγκεκριμένα, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, επικαλούμενη στοιχεία που ανατρέχουν στην ανάθεση της προμήθειας των συγκεκριμένων φαρμάκων στην παρεμβαίνουσα ήδη από το έτος 2012, οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, παρουσίαζαν σε ετήσια βάση μία διαρκώς αυξητική τάση, φτάνοντας από προϋπολογισμό αξίας οκτακοσίων τριάντα χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (830.900,00 €) το 2012 για την κάλυψη των αναγκών της σε ραδιοφάρμακα, σε προϋπολογισμό αξίας ενός εκατομμυρίου εκατόν ενενήντα χιλιάδων ευρώ (1.190.000,00 €) το 2016 κατά την προσφεύγουσα, άλλως, ενός εκατομμυρίου ενενήντα χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα εννέα ευρώ και είκοσι έξι λεπτών (1.090.499,26 €), σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκομίζει και επικαλείται η αναθέτουσα αρχή (βλ. συνημμένο στις απόψεις της αναλυτικό ισοζύγιο λογαριασμού 64.08.09 «Αναλώσιμα PET CAMERA» έτους 2016). Εξάλλου,

όπως ομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, το έτος 2017, οι αντίστοιχες δαπάνες της για προμήθεια ραδιοφαρμάκων, ανήλθαν σε ένα εκατομμύριο εκατόν πενήντα δύο χιλιάδες διακόσια ευρώ και εξήντα έξι λεπτά (1.152.200,66 €) (βλ. συνημμένο στις απόψεις της αναλυτικό ισοζύγιο λογαριασμού 64.08.09 «Αναλώσιμα PET CAMERA» έτους 2017), ήτοι σημειώθηκε μία σημαντική αύξηση στην προϋπολογισθείσα δαπάνη για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων σε σχέση με το αμέσως προηγούμενο έτος. Οι δε διαρκώς αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για χρονικό διάστημα πενταετίας (από το έτος 2012 έως το 2017), κατέτειναν στο ότι και για το έτος 2018 οι ανάγκες της θα εμφανίζονταν έτι περισσότερο αυξημένες. Όπως άλλωστε παραδέχεται και η ίδια, αν και η αρχική της πρόβλεψη ήταν για δέσμευση πίστωσης ύψους ενός εκατομμυρίου εκατόν πενήντα χιλιάδων ευρώ (1.150.000,00 €), ποσού το οποίο υπολειπόταν έστω και οριακά, της πραγματοποιηθείσας δαπάνης για το έτος 2017, εν τέλει, το πραγματικά προϋπολογισθέν και δεσμευθέν ποσό του προϋπολογισμού για το έτος 2018, μειώθηκε σε ένα εκατομμύριο εκατόν τριάντα χιλιάδες ευρώ (1.130.000,00 €), το οποίο με βάση τις αναμενόμενες προβλέψεις και τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο, αν όχι αδύνατο να καλύψει τις αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για το έτος 2018. Το αδιαμφισβήτητο αυτό γεγονός πρέπει να γίνει δεκτό ότι ήταν εξ αρχής γνωστό στην αναθέτουσα αρχή και δεν μπορούσε να εκφύγει της προσοχής μίας επιμελούς αναθέτουσας αρχής, η οποία, βασιζόμενη σε στοιχεία των προηγούμενων πέντε ετών, στα πλαίσια του προγραμματισμού της για την κάλυψη των αναγκών της σε ραδιοφάρμακα για το έτος 2018, μπορούσε ευχερώς να συνάγει, ότι οι συνεχώς αυξανόμενες απαιτήσεις της θα κατέληγαν με μεγάλη πιθανότητα, να υπερβούν το ποσό του εγκριθέντος από αυτήν προϋπολογισμού. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, προκύπτει ότι το επικαλούμενο από την αναθέτουσα αρχή, γεγονός της αιφνίδιας, ιδιαίτερα μεγάλης αύξησης στη ζήτηση πραγματοποίησης εξετάσεων ποζιτρονικής τομογραφίας, απέχει πολύ από το να μπορεί να χαρακτηριστεί «*απρόβλεπτο γεγονός*» κατά την έννοια του νόμου και της Οδηγίας, ώστε να δικαιολογείται η επιτρεπτή τροποποίηση της αρχικής σύμβασης για το έτος 2018, χωρίς

διεξαγωγή νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αβάσιμα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Τουναντίον, η στάση της αναθέτουσας αρχής, με βάσει στοιχεία που η ίδια είχε στην κατοχή της, δείχνει έλλειψη επιμέλειας και συνετού προγραμματισμού κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018 για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων και όπως έχει δεχτεί σύσσωμη η ενωσιακή και η εθνική νομολογία (βλ. ανωτέρω σκέψη 30), η επίκληση απρόβλεπτων περιστάσεων για την εφαρμογή της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) δεν πρέπει να ανάγεται σε γεγονότα που εμπίπτουν στη σφαίρα ευθύνης της ίδιας της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, περί έλλειψης κονδυλλίων, η οποία δεν επέτρεπε διάθεση μεγαλύτερου προϋπολογισμού για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων, αφού θα έπρεπε να καλυφθούν από τις υπόλοιπες πιστώσεις και άλλες ανάγκες αναλωσίμων, όπως σύριγγες, βελόνες, γάντια, μάσκες, γάζες, ιατρικά αέρια κλπ., καθώς δεν αποδεδειγεται εναργώς η μεταβολή των οικονομικών δεδομένων της αναθέτουσας αρχής, ως προς τα διαθέσιμα ποσά, κατά τρόπο, ώστε η έλλειψη πόρων κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018, να καλύφθηκε και μάλιστα σε ύψος διακοσίων χιλιάδων ευρώ (200.00,00 €) κατά τον χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης, στις 19 Νοεμβρίου 2018, ήτοι περίπου ένα μήνα πριν την εκπνοή της διάρκειας της αρχικής εκτελούμενης σύμβασης.

35. Επειδή, όμως ομοίως, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής, σχετικά με την παραβίαση του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) λόγω του ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη προκηρύξει, δυνάμει της υπ' αριθμ. 3877/07.11.2018 Διακήρυξης, διαγωνισμό με αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 65038 (γεγονός που αναφέρει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις), για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων για το έτος 2019. Κατά την παρεμβαίνουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, ήταν επιβεβλημένη ενόψει της διενέργειας νέου ανοιχτού διαγωνισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή, να μπορέσει να ολοκληρώσει

τη σύμβαση για το έτος 2018, ομαλά και ως εκ τούτου, δεν προκύπτει καμία ζημία για την προσφεύγουσα από την τροποποίηση της εκτελούμενης σύμβασης. Εντούτοις, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας είναι όλως αβάσιμος, αφού ενόψει της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, είναι παντελώς αδιάφορο για την κρίση περί της παραβίασης του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ), κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπό κρίση προσφυγή, το αν έχει (και ορθώς) προκηρυχθεί διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια ραδιοφαρμάκων για το έτος 2019. Πολλώ δε μάλλον, θα μπορούσε να υποστηριχθεί προς επίρρωση των όσων αναφέρονται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ότι εφόσον η αναθέτουσα έκρινε ότι για την προμήθεια του έτους 2019, έχουν μεταβληθεί οι συνθήκες, με την ανάπτυξη πλέον ανταγωνισμού στην αγορά των προς προμήθεια ραδιοφαρμάκων, δεδομένης της δραστηριοποίησης και της προσφεύγουσας, έτι περαιτέρω, ενισχύεται η άποψη ότι και για την επέκταση του συμβατικού αντικείμενου της αρχικής από 21.05.2018 σύμβασης με την παρεμβαίνουσα, δικαιολογείται εξίσου, η διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ).

36. Επειδή, επιπλέον, πράγματι, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η ίδια η αναθέτουσα στις απόψεις της, τηρήθηκαν τα προβλεπόμενα από την ανωτέρω διάταξη του νόμου και ως εκ τούτου, πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις που θέτει η περιπτ. γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, ήτοι, όντως με την προσβαλλόμενη απόφαση για την τροποποίηση της αρχικώς υπογραφείσας μεταξύ παρεμβαίνουσας και αναθέτουσας αρχής σύμβασης, δεν διαπιστώθηκε μεταβολή της συνολικής φύσης ούτε επήλθε αλλοίωση του αντικείμενου της εκτελούμενης σύμβασης. Επιπρόσθετα, η αύξηση της τιμής της τροποποιητικής σύμβασης δεν υπερέβη το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Περαιτέρω, δεν διαπιστώθηκε κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου, πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, για αποφυγή της εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι και της μη διεξαγωγής τακτικού διαγωνισμού, αλλά η έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, οφείλεται σε παρερμηνεία της έννοιας

του «απρόβλεπτου γεγονότος» εκ μέρους της και σε εσφαλμένη εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, ενώ τέλος, τηρήθηκαν οι υποχρεώσεις γνωστοποίησης της τροποποίησης στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. Ενόψει αυτών, παρέλκει η περαιτέρω έρευνα των λοιπών προϋποθέσεων, λαμβάνοντας υπόψη ότι και η ίδια η προσφεύγουσα, με την κρινόμενη προσφυγή της, δεν αμφισβητεί την πλήρωσή τους.

37. Επειδή, συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, δεδομένου ότι κατά τη κρίση του Κλιμακίου, δεν αποδείχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, η σωρευτική πλήρωση των αυστηρών και περιοριστικά απαριθμούμενων προϋποθέσεων του άρθρου 132 παρ. 1 περιπτ. γ) του Ν. 4412/2016, για την εφαρμογή της διαδικασίας της τροποποίησης της από 21.05.2018 αρχικής εκτελούμενης σύμβασης μεταξύ παρεμβαίνουσας και αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα να καθίσταται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, υπό 2^{ον}, για την παραβίαση της ανωτέρω διάταξης, πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως αβάσιμα όσα αναφέρονται σχετικά με τον λόγο αυτό, στις απόψεις της αναθέτουσας, αλλά και στην ασκηθείσα παρέμβαση.

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

40. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου 4112/19.11.2018 Απόφαση του Προέδρου του Ι.ΙΒ.Ε.Α.Α. (ΑΔΑ ΨΔ124694Φ7-3ΟΙ).

Αριθμός Απόφασης: 55/2019

Απορρίπτει την ασηθεύσα Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων ευρώ (1.000,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Νικόλαος Λιακατσίδας