

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 11.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 564/12.05.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» που εδρεύει στην, οδός ...' & ...', (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της, (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 442/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και η συναφής με αριθμ. ΑΔΑ πρόσκληση υποβολής προσφορών με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης της Δ/σης Τεχνικών Έργων Ταυτόχρονα, σωρεύει στην Προσφυγή του και αίτημα να διαταχθούν προσωρινά μέτρα, που θα αναστέλλουν την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των προσκληθέντων οικονομικών φορέων και σε κάθε περίπτωση η σύναψη της σύμβασης σε συνέχεια της επίμαχης και κατά τους ισχυρισμούς του, παράνομης πρόσκλησης υποβολής προσφορών, καθώς και εν γένει η πρόοδος της εν λόγω διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, μέχρι και την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 2.250,00 Ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 11.05.2020 που αφορά στην πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσου της και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. 442/28.04.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίσθηκε: «Α. Η διάθεση πίστωσης ποσού 558.800,00€ με ΦΠΑ, για τη ανάθεση του έργου: «ΑΜΕΣΕΣ ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΓΙΑ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΤΩΝ ΠΕΡΙΟΧΩΝ ΤΗΣ ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗΣΑΝ ΑΠΟ ΦΥΣΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΕΣ ΤΟ 2019» Υποέργο: «ΕΠΙΣΚΕΥΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ Ν.Ε.Ο.Δ ΣΤΑ ΟΡΙΑ ΤΟΥ», που χρηματοδοτείται από την με Κ.Α.». Β. Η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 (γ) του Ν. 4412/2016 και του Ν. 4605/2019, άρθρο 43 (ΦΕΚ 52Α/01-04-2019), λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, του υπόψη έργου. Γ. Η Πρόσκληση προς Οικονομικούς Φορείς και των όρων αυτής, για την επιλογή αναδόχου του υπόψη έργου, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας απόφασης. Η ανάθεση θα γίνει σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 32 παρ. 2 (γ) του Ν. 4412/2016 και ύστερα από έρευνα αγοράς με συλλογή τουλάχιστον τριών (3) προσφορών. Δ. Το γνωμοδοτικό όργανο του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 221 του Ν 4412/2016 που συστάθηκε σύμφωνα με: το από 11-03-2020 αποτέλεσμα κλήρωσης επιτροπής διαγωνισμού σύμφωνα με τις

Αριθμός Απόφασης: Α168/2020

διατάξεις του άρθρου του άρθρου 221 του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147/Α')». Κριτήριο ανάθεσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών δεν αναφέρεται στην πρόσκληση όπως δεν αναφέρονται ούτε οι οικονομικοί φορείς που θα κληθούν να συμμετάσχουν.

Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη αναφέρονται και τα κάτωθι «ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΚΗΡΥΞΗΣ ΣΕ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΚΤΑΚΤΗΣ ΑΝΑΓΚΗΣ: □ Η με αρ.πρωτ...../17-03-2020 (ΑΔΑ:) Απόφαση του Γενικού Γραμματέα του του, περί παράτασης της κήρυξης των Δήμων,, και - της της σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης πολιτικής προστασίας έως και 01-10-2020. □ Η με αρ. πρ./20-03-2020 Απόφαση του περί παράτασης της κήρυξης σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης των Δήμων και της Περιφερειακής Ενότητας έως και 01-10-2020 αλλά και ότι « 1. Σε σημεία της Νέας Εθνικής Οδού εντός του σημειώθηκαν αστοχίες στο οδόστρωμα της οδού που καθιστούν αναγκαία την άμεση επισκευή και συντήρηση για την ασφαλή κυκλοφορία των οχημάτων. Τα καιρικά φαινόμενα του χειμώνα του 2019 ήταν ιδιαίτερα έντονα και πρωτόγνωρα. Οι συνεχόμενες βροχές προκάλεσαν μεγάλες ζημιές στο οδικό δίκτυο αρμοδιότητας της Υπηρεσίας μας εμποδίζοντας σε πολλές περιπτώσεις την συγκοινωνία, με πολύ σοβαρές συνέπειες στην καθημερινή ζωή των πολιτών, στην υγεία των πολιτών και στην οικονομία του τόπου. Για την αποκατάσταση και επιδιόρθωση των ζημιών που προκλήθηκαν από τις φυσικές καταστροφές εγκρίθηκαν οι εξής αποφάσεις Έγκρισης Διάθεσης Πίστωσης: □ Η με αρ. πρωτ./26-3-2019 απόφαση τροποποίησης της απόφασης έγκρισης διάθεσης πίστωσης με αρ. πρωτ./01-3-2019 με τίτλο: "Άμεσες επεμβάσεις για την αποκατάσταση της πρόσβασης στο οδικό δίκτυο της που πλήγηκε από φυσικές καταστροφές τον Φεβρουάριο του 2019" □ Η με αρ. πρωτ./26-3-2019 απόφαση τροποποίησης της απόφασης έγκρισης διάθεσης πίστωσης με αρ. πρωτ./14-3-2019 με

τίτλο: "Άμεσες επεμβάσεις για την αποκατάσταση της πρόσβασης στο οδικό δίκτυο της που πλήγηκε από φυσικές καταστροφές τον Φεβρουάριο του 2019" □ Η με αρ. πρωτ. /16-8-2019 απόφαση τροποποίησης της απόφασης έγκρισης διάθεσης πίστωσης με αρ. πρωτ. /13.05.2019 με τίτλο: " ΑΜΕΣΕΣ ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΓΙΑ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΤΩΝ ΠΕΡΙΟΧΩΝ ΤΗΣ ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗΣΑΝ ΑΠΟ ΦΥΣΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΕΣ ΤΟ 2019" Στον πίνακα που σας στέλνουμε συνημμένα φαίνεται για κάθε υποέργο η ημερομηνία αποστολής πρόσκλησης και η ημερομηνία δημοπρασίας. Όπως γίνεται αντιληπτό η προετοιμασία τόσων διαγωνισμών (σύνταξη τευχών δημοπράτησης και διαδικασία δημοπράτησης) ανάγκασε την υπηρεσία στην προτεραιοποίηση των έργων έκτακτης ανάγκης. Πρώτα δημοπρατήθηκαν τα έργα άρσης καταπτώσεων ή αποκατάστασης βατότητας (κλειστοί δρόμοι, αδυναμία διεξαγωγής κυκλοφορίας), στη συνέχεια συνέχισαν οδοί μέσω επισκευής τεχνικών και γεφυρών και τέλος επιδιόρθωση επιφανειών οδοστρωμάτων (αποξηλώσεις επιφανειών, βυθίσεις, λακούβες, φθορές 'αλιγάτορα', κλπ.). 2. Δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, διότι αυτό θα επέφερε ακόμα μεγαλύτερη καθυστέρηση στην αποκατάσταση των αστοχιών του οδοστρώματος με ενδεχόμενες δυσμενείς συνέπειες στην ασφάλεια της κυκλοφορίας των οχημάτων. Συνεπώς όλο το διάστημα είχε τοποθετηθεί προειδοποιητική σήμανση για την ασφαλή κυκλοφορία των οχημάτων σε σημεία της Νέας Εθνικής Οδού εντός του 3. Οι περιστάσεις της κατεπείγουσας ανάγκης, σε καμία περίπτωση εκ της φύσεώς τους, δεν απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού ή αμέλειας ή καθ' οιονδήποτε τρόπο από ευθύνη της, καθώς δεν μπορούσε να προβλεφθούν τα ακραία καιρικά φαινόμενα και προκάλεσαν τις αστοχίες. 4. Οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 (γ) και 32 Α του Ν. 4412/8-8-2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ 147/Α'/2016) περί κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή. 5. Οι διατάξεις

Αριθμός Απόφασης: Α168/2020

του άρθρου 43, του Ν. 4605 (ΦΕΚ Α'52/01-04-2019). 6. Η πρόσκληση του έργου ελέγχθηκε και θεωρήθηκε αρμοδίως από την Υπηρεσία μας. 7. Η Οικονομική Επιτροπή είναι αρμόδια για την έγκριση της διακήρυξης της δημοπρασίας του έργου σύμφωνα με το άρθρο 176 του Ν. 3852/2010 (Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης – Πρόγραμμα Καλλικράτης). 8. Τα μέλη του γνωμοδοτικού οργάνου για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού του υπόψη έργου έχουν προκύψει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 26 του Ν. 4024/2011 (ΦΕΚ226Α/2011), το με αριθμό ΔΙ.Σ.Κ.ΠΟ/Φ18/ΟΙΚ.21526/4.11.11 έγγραφο του Υπουργείου Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης και το άρθρο 221 του Ν.4412/2016, όπως ισχύουν σήμερα. 9. το Π.Δ. 71/2019 (Α' 112) «Μητρώα συντελεστών παραγωγής δημόσιων και ιδιωτικών έργων , μελετών τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (ΜΗ.Τ.Ε.)» και ειδικότερα της παρ. 6 του άρθρου 65 “Μεταβατικές διατάξεις”. 10. το ν. 4635/2019 (Φ.Ε.Κ. 167/τ.Α/30-10-2019) και ιδίως τα άρθρα 140, 188 και 235 11. Το έργο χρηματοδοτείται από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων με ΚΑ της ΣΑΕΠ της σύμφωνα με την με αρ. πρ. /04-03-2020 Τροποποίηση της Απόφασης Έγκρισης Διάθεσης Πίστωσης της με αρ. πρ. /13-05-2020 του έργου με τίτλο: « ΑΜΕΣΕΣ ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΓΙΑ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΤΩΝ ΠΕΡΙΟΧΩΝ ΤΗΣΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗΣΑΝ ΑΠΟ ΦΥΣΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΕΣ ΤΟ 2019».

3. Επειδή, η οικεία διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, ο προσφεύγων απέστειλε, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11.05.2020, ήτοι εμπροθέσμως, δηλώνοντας ότι έλαβε γνώση αυτής στις 30.04.2020, συνοδευόμενη από την προσβαλλόμενη, το οικείο ως άνω παράβολο αυτόματης δέσμευσης και το αποδεικτικό τραπεζικής πληρωμής του.

4. Επειδή, η διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της,

Αριθμός Απόφασης: Α168/2020

εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και β) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατέφαρμογήν της προσβαλλόμενης, την 30.04.2020 η Δ/ση Τεχνικών Έργων Περιφέρειας Κρήτης απηύθυνε πρόσκληση σε τρεις οικονομικούς φορείς, οι οποίοι μάλιστα δεν κατονομάζονται επί της προσκλήσεως αυτής, προκειμένου να υποβάλουν ηλεκτρονική προσφορά για την ανάδειξη αναδόχου. Ωστόσο, από τα στοιχεία που επισύναψε στην προσφυγή του δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή απέστειλε ήδη την οικεία πρόσκληση σε έτερους οικονομικούς φορείς καθόσον το με αρ. πρωτ./30.04.2020 της απευθύνεται προς τη Δ/ση Τεχνικών Έργων της, στη Συντονίστρια και στον

7. Επειδή, με την με αρ./12.05.2020 Πράξη του Προέδρου του 7ου 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. Ομοίως, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου κλήθηκε εκ νέου να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ τον οικείο φάκελο στις 13.05.2020 αλλά και στις 14.05.2020 όπου επιπρόσθετα της ζητήθηκε να προβεί σε άμεση ενημέρωση της ΑΕΠΠ για το χρόνο αποσφράγισης τυχόν υποβληθεισών προσφορών καθώς και την εκ μέρους της αποστολή των ορθών στοιχείων επικοινωνίας (τηλέφωνα κ.α.).

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας

Αριθμός Απόφασης: Α168/2020

Αρχής, παράβαση των κανόνων που διέπουν την ανάθεση τους. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης/πρόσκλησης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη λόγω παραβίασης των κανόνων που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

9. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στην σχετική με το αντικείμενο της πρόσκλησης αγορά, αποτελεί κατά τους ισχυρισμούς του Εργοληπτική Επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π. με αριθμό), στην τάξη 2η για έργα Οδοποιίας, 2η για έργα Οικοδομικά, 2η για έργα Υδραυλικά, 1η για έργα Λιμενικά, 2η για έργα Η/Μ και 1η για Β/Ε, και δραστηριοποιείται στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, ισχυριζόμενος εν προκειμένω ότι αν και διαθέτει τα κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα και διατηρεί τον αναγκαίο εξοπλισμό και προσωπικό για την εκτέλεση του έργου ήτοι ότι πληροί όλες τις σχετικές τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις, εμποδίζεται παρανόμως να συμμετάσχει και να διεκδικήσει την ανάληψη του επίμαχου έργου, λόγω της εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επιλεχθείσας διαδικασίας. Σημειώνεται ότι, στην επισυναπτόμενη της προσφυγής πρόσκληση, ως ήδη αναφέρθηκε στη σκ. 6 της παρούσας, δεν αναφέρονται μεν τα στοιχεία των οικονομικών φορέων οι οποίοι θα προσκληθούν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, πλην όμως κατά τα διδάγματα

της κοινής λογικής εφόσον η αναθέτουσα αρχή, επέλεξε την οικεία κατεπείγουσα εξαιρετική διαδικασία, λόγω ισχυριζόμενης μη δυνατότητας εκ μέρους της τήρησης των οικείων προθεσμιών, ως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη, οι οποίες προθεσμίες δύνανται κατά το άρθρο 27 «Ανοικτή διαδικασία» παρ. 3 του ν.4412/2016, να περιοριστούν κατ' ελάχιστον στις 15 ημέρες, δύνανται βασίμως να υποστηριχθεί ότι έχει ήδη αποσταλεί σχετική πρόσκληση σε έτερους οικονομικούς φορείς, του προσφεύγοντος αποκλειόμενου και τούτο διότι ήδη κατά την ημερομηνία άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής είχαν ήδη παρέλθει 13 ημέρες από τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης με αρ. 442/28.04.2020, χωρίς να λάβει σχετική πρόσκληση. Εάν, δε η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ήδη αποστείλει σχετική πρόσκληση τότε πιθανολογείται η βασιμότητα των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, περί «δήθεν κατεπείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε καθυστερήσεις εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής». Επομένως, στη βάση των στοιχείων του φακέλου και δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε σχετικό φάκελο, θεμελιώνει καταρχήν παραδεκτά το έννομο συμφέρον του, λόγω ενδεχόμενης βλάβης.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της οικείας διαδικασίας, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

11.Επειδή, ο προσφεύγων επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή του ότι είναι παράνομη η προσφυγή στη διαδικασία με Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι *«Σύμφωνα με την πάγια νομολογία, ο διαγωνισμός μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης για την κατασκευή δημοσίου έργου αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιλογής αναδόχου, αφού συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της*

διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εφαρμόζεται δε σε ειδικές, ρητώς καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις, όπως έργων που εκτελούνται προς αποτροπή σοβαρού επικείμενου κινδύνου. Εφόσον δε η εν λόγω διαδικασία αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου, αναγκαίο προαπαιτούμενο για την εφαρμογή της είναι η διαδικασία αυτή να ενεργείται σε χρονική εγγύτητα προς το χρόνο εκδήλωσης των ανωτέρω ειδικών περιστάσεων, δηλαδή του επικείμενου κινδύνου, υπό την έννοια ότι η μεσολαβούσα χρονική περίοδος δε θα αρκούσε ώστε να ενεργοποιηθεί και να ολοκληρωθεί η ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία. Σε διαφορετική περίπτωση, καταστρατηγείται εντόνως η ρύθμιση αυτή του διαγωνισμού μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλουμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων ως τρόπου επιλογής αναδόχου δημοσίου έργου και αναιρείται ουσιαστικώς ο εξαιρετικός χαρακτήρας της σχετικής διαδικασίας, ως εκ τούτου δε η τήρησή της υπ' αυτή την περίπτωση πάσχει ως προς τη νομιμότητα εφαρμογής της (ΣτΕ 1747/2011, Πρακτικά Ολομελείας Ελεγκτικού Συνεδρίου 14ης ΓενΣυν/20.06.2012, Ελεγκτ. Συνέδρ. 05/2012, μείζονος συνθέσεως). Εξάλλου, οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική της ευθύνη (ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΕλΣυν 168/2012). Τα ανωτέρω αποδίδουν άλλωστε την πάγια θέση της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις των οδηγιών που αφορούν στην ανάθεση με διαδικασία διαπραγματεύσεως, οι οποίες εισάγουν παρεκκλίσεις από την εφαρμογή των κανόνων που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, το δε βάρος αποδείξεως ότι συντρέχουν πράγματι οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει η αναθέτουσα αρχή η οποία τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 18.12.2007, Επιτροπή κατά Ελλάδας, C-481/2006, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-157/06, απόφαση της 18.5.1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C- 57/1994 σκέψη 23, απόφ. της 14.9.2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C385/2002, σκέψεις

19-20, απόφ. της 13.1.2005, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-84/2003, σκέψη 48, απόφ. της 2.6.2005, Επιτροπή κατά Ελλάδας, C 394/2002, σκέψη 33). Στην προκειμένη περίπτωση, η επιλεγείσα κατά τα ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης πάσχει ως προς τη νομιμότητα εφαρμογής της. Και τούτο, διότι τα έντονα καιρικά φαινόμενα που επικαλείται η Περιφέρεια ως δικαιολογητικό λόγο προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, επήλθαν ήδη προ δεκαπέντε μηνών (Ιανουάριος – Φεβρουάριος 2019). Επομένως, η τελευταία είχε την δυνατότητα να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης καθ' όλο αυτό το διάστημα από την επέλευση της κακοκαιρίας και των εξ αυτής ζημιών στον οδικό άξονα έως σήμερα. Πράγμα που δεν έκανε με δική της αποκλειστική ευθύνη. Συνεπώς, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης είναι αυταποδείκτως παράνομη (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 18ης Μαρτίου 1992, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-24/91, σκ. 14, με την οποία κρίθηκε ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και την διαμόρφωση των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου της Μαδρίτης, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, αφού μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή και το Παν/μιο μπορούσε να πετύχει το στόχο αυτόν με την προσφυγή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με σύντμηση των σχετικών προθεσμιών, πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, 1592/2004, 4169/1996, Ελ.Συν. 1509/2012 VI Τμ.)». Ομοίως, αναφέρονται οι με αρ. πρωτ. /17-03-2020 (ΑΔΑ:) Απόφαση του του Υπουργείου, περί παράτασης της κήρυξης των Δήμων,, και - της Ενότητας της σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης πολιτικής προστασίας έως και 01-10-2020 και η με αρ. πρ. /20-03-2020 Απόφαση του περί παράτασης της κήρυξης σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης των Δήμων και της έως και 01-10-2020.

12. Επειδή, στο άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «...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.».

13.Επειδή, στο άρθρο 32 παρ. 2, στοιχ. γ) του Ν. 4412/2016 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που είναι εφαρμοστέο στην εξεταζόμενη περίπτωση, 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: [...] γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. [...]».

14. Επειδή στο άρθρο 32^Α του ν. 4412/2016, ορίζεται «Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής των άρθρων 22 παράγραφοι 1, 36, 72 παράγραφος 1 περίπτωση α', 79 παράγραφοι 1 έως 4, και 221 παράγραφοι 8 και 9, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32:.....β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 2,... Στις περιπτώσεις α' και β' η διαδικασία διεξάγεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης.... Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης γίνεται από τριμελές όργανο, το οποίο συγκροτείται από την Αναθέτουσα Αρχή και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης».

15. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. Περίπτωση δε πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος συντρέχει, ιδίως, όταν αυτό βασίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικράτειας και, πάντως, όχι όταν πιθανολογείται απλώς η ευδοκίμησή του (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011).

16.Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση της Πρόσκλησης για την Επιλογή Αναδόχου του επίμαχου έργου, η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επί των προβαλλόμενων λόγων Προσφυγής απαιτεί καταρχήν την αποστολή φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, στην οποία δεν προέβη, ως όφειλε, εμπεριέχει δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕΦΑΘ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω στην Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει επί της ασκηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής, υπό το φως της κείμενης για τη σύναψη των δημοσίων εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας.

17.Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, οι προβαλλόμενοι με την κρινόμενη Προσφυγή λόγοι δε θεωρούνται ότι είναι προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, με συνέπεια, να μην πιθανολογείται η απόρριψη τους.

18.Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την αποκατάσταση ζημιών και υποδομών από έντονα καιρικά φαινόμενα. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, το οικείο Κλιμάκιο, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, καθώς και τα συμφέροντα του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής – η οποία εν προκειμένω δεν απέστειλε τον οικείο φάκελο, καίτοι κλήθηκε προς τούτο τόσο με την αρ./12.05.2020 Πράξη του Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, αλλά και εκ νέου κατά τα ως άνω - κρίνει ότι πρέπει, κατ' αποδοχή του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης για την Επιλογή Αναδόχου Κατασκευής Έργου με Διαπραγμάτευση λόγω κατεπείγουσας ανάγκης (διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση), σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 26, σε συνδυασμό με την περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 και της περαιτέρω προόδου της επίμαχης διαδικασίας, καθώς και η μη κατακύρωση του αποτελέσματός της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση της Α.Ε.Π.Π επί της ανωτέρω Προσφυγής (ΔΕφΑθ (Αναστ) 512/2011, 691/2012, 263/2013).

19.Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω αναφερόμενα, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της Αναθέτουσας Αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της

Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να προκύπτει υπέρμετρη καθυστέρηση της διαδικασίας, μη αποκλειόμενης της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να προσκομίσει στο μεσοδιάστημα νέα στοιχεία προς επαναξιολόγηση της κατάστασης (ΕΑ 99/2010).

20.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας, πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της Πρόσκλησης για την Επιλογή Αναδόχου Κατασκευής Έργου με τίτλο: «ΕΠΙΣΚΕΥΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΣΤΑ ΟΡΙΑ ΤΟΥ», μέχρι και την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη