

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 11 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 04.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1815/07.12.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει επί της οδού ..., στο ... (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί μερικώς η υπ' αριθμ. 2310/2020 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, (ΑΔΑ: ...) κατά το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας του και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί και να εξετάσει προσηκόντως την υποβληθείσα προσφορά του ώστε να του επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την εκτέλεση του έργου «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/2019 στην τοπική κοινότητα ...».

Επικουρικά ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής. Να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να

διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο, άλλως να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή του.

Αναφορικά με το υπό εξέταση με την παρούσα αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας ο προσφεύγων αιτείται να διαταχθεί η συμμετοχή του στη διαδικασία, η εξέταση του υποβληθέντος από την εταιρεία του φακέλου και η αξιολόγηση της προσφοράς του, άλλως και όλως επικουρικά να ανασταλεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης, καθώς και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας Αρχής και να ανασταλεί εν συνόλω η συνέχιση της υπό κρίση διαδικασίας ώστε να μην προχωρήσει η σύναψη της σκοπούμενης με αυτή σύμβασης μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

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-παραβόλο ύψους 15.000,00 Ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... 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» και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου δια μέσω της ... ημερομηνίας 4.12.2020).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ.: 2310/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΘΕΜΑ 48) αποφασίσθηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση α) προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες

συμβάσεις έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, για το έργο «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/19 στην τοπική κοινότητα ...», προϋπολογισμού 18.950.000,00€ (συμπ. Φ.Π.Α.), β) των όρων και της επισυναπτόμενης πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης για το παραπάνω έργο και γ) της επιτροπής διαπραγμάτευσης.

Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη, μνημονεύονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι «8. Το γεγονός ότι την 24-25/11/2019 έπειτα από βροχόπτωση πολύ μεγάλης έντασης ο οικισμός της ... έχει κατακλυστεί από πολλές χιλιάδες κυβικά φερτών υλικών που κατέβηκαν από το βουνό, κορμούς δέντρων που είχαν τοποθετηθεί ως αντιπλημμυρική θωράκιση καθώς και απορρίμματα σε όλο το οδικό δίκτυο, καταστρέφοντας μεγάλο μέρος του. Μεταβλήθηκαν οι διατομές των ρεμάτων που υπάρχουν στον οικισμό με χαρακτηριστικότερο το ... και έχουν υποστεί μεγάλες ζημιές στα πρανή και στα τεχνικά των οδών με τις οποίες διασταυρώνονται. 9. Την με αρ. πρωτ. 8490/02-12-2019 Απόφαση Γενικού Γραμματέα Πολιτικής Προστασίας (ΑΔΑ: ...), περί κήρυξης σε κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας την περιοχή ... της Δημοτικής Ενότητας ... της Περιφερειακής Ενότητας ... της ... και την με αρ. πρωτ. 2967/11-05-2020 Απόφαση Γενικού Γραμματέα Πολιτικής Προστασίας (ΑΔΑ: ...). 10. Την με αρ. πρωτ. 3296/02-01-2020 Απόφαση Περιφερειάρχη ... (ΑΔΑ: ...) περί της εκτέλεσης του έργου «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/19 στην τοπική κοινότητα ...» από τη Δ/ση Τεχνικών Έργων της 11. Την ένταξη στο Πρόγραμμα Εκτελεστέων Έργων της ... για το 2020 με Κ.Α.Ε9775.06.026 του έργου με τίτλο «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/19 στην τοπική κοινότητα ...» με δέσμευση ποσού 9.000.000,00€ (Απόφαση ... υπ' αριθμ ..., ΑΔΑ: ...). 12. Το με αρ. πρωτ. 224556/18-03-2020 έγγραφο του Αντιπεριφερειάρχη ..., με την οποία διαβιβάστηκε η μελέτη με αριθμό φακέλου

Αριθμός Απόφασης: Α272/2020

έργου 10/2020, που συντάχθηκε την 13/03/2020 από την Δ.Τ.Υ. Δήμου ..., και εγκρίθηκε με την υπ'αριθμ. 60/17-3-2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (ΑΔΑ: ...), προκειμένου για την ενσωμάτωση της συνταχθείσας από την Δ.Τ.Υ. Δήμου ... μελέτη, στην ήδη συνταχθείσα, από την Δ.Τ.Ε. ..., μελέτη. 13. Την ευρεία σύσκεψη την 13-03-2020 παρουσία του κ. Περιφερειάρχη ..., του Δημάρχου ... και υπαλλήλων της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου και κατόπιν του από 18-03-2020 εγγράφου του Αντιπεριφερειάρχη ..., ενσωμάτωση της συνταχθείσας από την Δ.Τ.Υ. Δήμου ... μελέτη. 14. Το με αρ. πρωτ. 226763/20-03-2020 έγγραφο Δ.Τ.Ε. Π.Α. προς τη Διεύθυνση Αναπτυξιακού Προγραμματισμού, προκειμένου για την άμεση, λόγω του κατεπείγοντος του θέματος, εξεύρεση πηγή χρηματοδότησης του έργου, προϋπολογισμού 18.950.000 €, προκειμένου να ενταχθεί σε ένα έργο η αποκατάσταση οδών αρμοδιότητας Δήμου ..., με σύναψη σχετικής Προγραμματικής Σύμβασης. 15. Τη σχετική αύξηση της πίστωσης (18.950.000€) που εγκρίθηκε στη 2η Τροπ/ση του Προγράμματος Εκτελεστέων Έργων της Περιφέρειας ... για το 2020 (Απόφαση ... υπ'αριθμ 146/29-07-2020, ΑΔΑ: ...). 16. Την με αρ. πρωτ. 793071/16-10-2020, ΑΔΑ ..., Απόφαση του Προϊστάμενου Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της ... εγκρίθηκε η σχετική μελέτη συνολικού προϋπολογισμού 18.950.000 €, που περιλαμβάνει τις εξής εργασίες: • αποκατάστασης των βλαβών της ..., και λοιπού οδικού δικτύου αρμοδιότητας ..., μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η οδική γέφυρα στο ... •καθαρισμού και απομάκρυνσης από την κοίτη και τα πρανή των ρεμάτων του μεγάλου όγκου των από ανάντη φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών, κλπ, ή και της τυχόν αυτοφυούς βλάστησης, προκειμένου να αποκατασταθεί άμεσα η ροή των ομβρίων, • εργασίες αντιστήριξης των πρανών και επισκευή / συντήρηση των τεχνικών, όπου αυτό απαιτείται •καθαρισμού και απομάκρυνσης από το οδικό δίκτυο του οικισμού του συσσωρευμένων φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών κλπ, • καθαρισμού των φραγμένων φρεατίων, αγωγών, οχετών • αποκατάστασης, συντήρησης, ανακατασκευής οδών του οικισμού ... αρμοδιότητας του Δήμου. 17. Το ότι οι εργασίες αποκατάστασης των ζημιών που προκλήθηκαν είναι καίριας σημασίας για την καθημερινότητα των κατοίκων και για την μελλοντική διαφύλαξη των

ανθρώπινων ζώων που βρίσκονται σε πιθανό κίνδυνο, καθώς οι προκληθείσες ζημιές καθιστούν ιδιαίτερα ευάλωτη την περιοχή σε πλημμυρικά φαινόμενα ακόμη και μικρότερης έντασης στον χειμώνα που ήδη διανύουμε, και θα διασφαλίσουν την ανασυγκρότηση του οικισμού και την ανάσχεσή του από την κοινωνική και περιβαλλοντική βλάβη που έχει υποστεί. 18. Το υπ' αριθμ. 47482/08-10-2020 έγγραφο, με το οποίο κοινοποιήθηκε η 668/2020 Πράξη του Ε1 Κλιμακίου του Ελεγκτικού με την οποία αποφασίστηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της Προγραμματικής Σύμβασης μεταξύ της ... και του Δήμου ... για την εκτέλεση της μελέτης 10/2020, η οποία εκπονήθηκε από την Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου ... και ενσωματώθηκε στην μελέτη του έργου: «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/19 στην τοπική κοινότητα ...» που εκπονήθηκε από την Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της 19. Την από 20/10/2020 υπογεγραμμένη Προγραμματική Σύμβαση μεταξύ της ... και του Δήμου ..., που αφορά στην αποκατάσταση ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα στη Δημοτική Κοινότητα ... του Δήμου ... τον Νοέμβριο του 2019. 20. Το με αρ. πρωτ. 808649/21-10-2020 έγγραφο του Αντιπεριφερειάρχη (αρ. πρωτ. ... 808649/21-10-20), με το οποίο ζητείται η προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 για τη δημοπράτηση του έργου «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25/11/2019 στην τοπική κοινότητα ...», συνολικού προϋπολογισμού 18.950.000,00 €, μετά και από την υπογραφή της Προγραμματικής Σύμβασης μεταξύ της ... και του Δήμου ..., ποσού 3.350.000,00 με ΦΠΑ. 21. Την παρ. 2.γ του άρθρου 32 του ν.4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» όπου αναφέρεται ότι: «2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις:γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές,

κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη». Με την εγκριθείσα με την προσβαλλόμενη πρόσκληση προσκλήθηκαν συνολικά 6 οικονομικοί φορείς, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται ο προσφεύγων.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απέστειλε, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 4.12.2020, ήτοι νομίμως και καταρχήν εμπροθέσμως κατ' άρθρα 362 και 361 του ν. 4412/2016, δηλώνοντας ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης στις 24.11.2020 η οποία δημοσιεύθηκε στη Διαύγεια στις 03.11.2020. Εν προκειμένω ισχυρίζεται ότι «*γνώση της ως άνω απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής λάβαμε τυχαία μόλις δυο μέρες (24.11.2020) προ της υποβολής της προσφοράς μας (26.11.2020) λόγω της παράνομης παράλειψης πρόσκλησής μας στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Η πρόσκληση και τα υπόλοιπα έγγραφα της διαδικασίας (Σχετ.3) δεν κοινοποιήθηκαν στην εταιρεία μας, ωστόσο στις 24.11.2020 τυχαία λάβαμε γνώση των προσβαλλόμενων με την παρούσα προσφυγή πράξεων, και σε δυο μέρες καταθέσαμε την υπ' αρ. πρωτ. 916340/26.11.2020 αίτηση υποβολής προσφοράς (Σχετ.4) προς την Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της Σημειώνεται άλλωστε πως η οικεία διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ».*

4. Επειδή, η επίμαχη διαδικασία ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της, 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 ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, με την με αρ. 2149/07.12.2020 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, η οποία κοινοποιήθηκε στα μέρη στις 08.12.2020, ορίσθηκε

Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί της λήψης προσωρινών μέτρων.

7. 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 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.).

8. Επειδή, ο προσφεύγων προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι *«Εν προκειμένω η εταιρία μας αναπτύσσει την κύρια δραστηριότητά της στην σχετική με το αντικείμενο της πρόσκλησης αγορά, καθότι αποτελεί επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ με αριθμό ...) στην 6" τάξη, για έργα Υδραυλικά, Οδοποιία, Οικοδομικά, Βιομηχανικά-Ενεργειακά, Ηλεκτομηχανολογικά, Λιμενικά, όπως προκύπτει, άλλωστε, από την προσκομιζόμενη ενημερότητα του πτυχίου της (Σχετ.8). Μάλιστα, όσον αφορά στο προκηρυχθέν συμβατικό αντικείμενο η εταιρεία μας έχει αναπτύξει εκτεταμένη δραστηριότητα τόσο στον χώρο των*

δημόσιων, όσο και των ιδιωτικών έργων. Περαιτέρω διαθέτει τα κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα και διατηρεί τον αναγκαίο εξοπλισμό και προσωπικό για την εκτέλεση το έργου και πληροί όλες τις σχετικές τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις, όπως αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά. Ωστόσο εμποδίζεται παρανόμως να συμμετάσχει στην υπό εξέλιξη διαδικασία και να διεκδικήσει την ανάληψη του επίμαχου έργου, λόγω της παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει αυτή μεταξύ των οικονομικών φορέων προς τους οποίους απηύθυνε την προσβαλλόμενη με την παρούσα Πρόσκληση. Συνεπώς η εταιρία μας έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον κατά την σχετική νομολογία της ΑΕΠΠ (689/2020 ΑΕΠΠ 7ο Κλιμ.), παραδεκτά στρέφεται κατά των προαναφερθεισών πράξεων διότι υφίσταται άμεση ζημία από αυτές, δοθέντος ότι ιδίως με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει επί ίσοις όροις την ανάληψη του επίμαχου έργου με αποτέλεσμα την βλάβη των οικονομικών και ευρύτερα επαγγελματικών της συμφερόντων. Επιδιώκει συνεπώς παραδεκτά την μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης (ΑΔΑ: ...) Πρόσκλησης όπως εγκρίθηκε δυνάμει της υπ' αριθ. 2310/2020 (Συνεδρίαση 69η, Θέμα 48ο) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ... κατά το σκέλος που δεν περιλαμβάνει την εταιρεία μας μεταξύ των αποδεκτών της, άλλως και εντελώς επικουρικώς την συνολική ακύρωση της υπ' αριθ. 2310/2020 (Συνεδρίαση 69η, Θέμα 48ο) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ... καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας. Εξάλλου έχει κριθεί ότι σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης, παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, καθώς το δικαίωμα άσκησης αυτής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται να μετάσχει στον διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί ζημία, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη. Το έννομη συμφέρον στην περίπτωση αυτή παγίως ερμηνεύεται με ευρύτητα, ώστε στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης να καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό

της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή ενόψει της συμμετοχής του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Έτσι, κρίθηκε ότι το έννομο συμφέρον οικονομικού φορέα συνίσταται αυτοτελώς στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχοντας άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι αυτής, δοθέντος ότι δια των συγκεκριμένων προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης υφίσταται ζημία, αφού καθίσταται αφενός υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και αφετέρου ευνοείται μόνον ένας συγκεκριμένος οικονομικός φορέας (ΑΕΠΠ 329/2020, 3ο Κλιμ.). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου οι ίδιες προϋποθέσεις κατάφασης του εννόμου συμφέροντος ελέγχονται και στην περίπτωση της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, άνευ, δηλαδή ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποδεικνύεται η συνδρομή των απαιτούμενων για την ανάθεση της σύμβασης τυπικών και ουσιαστικών προσόντων και την τήρηση των επιμέρους προϋποθέσεων βάσει του άρθρου 23 της διακήρυξης. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι κατέθεσε τα κάτωθι απαιτούμενα εκ του άρθρου 22Α της διακήρυξης δικαιολογητικά αναφορικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού: «1. το υπ' αρ. πρωτ.... αντίγραφο ποινικού μητρώου, 2. την υπ' αρ. 3264 ένορκη βεβαίωση, 3. το υπ' αρ. πρωτ.... αντίγραφο ποινικού μητρώου, 4. το υπ' αρ. πρωτ.... αντίγραφο ποινικού μητρώου, 5. την υπ' αρ. πρωτ.... φορολογική ενημερότητα της εταιρείας, 6. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας, 7. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 8. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 9. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 10. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 11. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 12. την υπ' αρ. πρωτ.... ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 13. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ 14. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 15. την υπ' αρ. πρωτ...., 16. την υπ'

αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 17. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 18. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 19. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 20. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 21. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 22. Την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 23. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 24. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση ασφάλισης ΕΕΤΕΜ, 25. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ασφάλισης ΕΕΤΕΜ, 26. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου για ασφάλιση στελεχών, 27. τον Ατομικό Λογαριασμό Ασφάλισης στελεχών, 28. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου περί μη αθέτησης υποχρεώσεων καταβολής φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, 29. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου σχετικά με Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας, 30. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ΣΤΕΑΤ, 31. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ΠΕΔΜΕΔΕ, 32. το υπ' αρ. πρωτ.... Πιστοποιητικό Πρωτοδικείου περί μη κήρυξης σε κατάσταση πτώχευσης, 33. το υπ' αρ. πρωτ. ... Πιστοποιητικό Πρωτοδικείου περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης (οικονομικού ενδιαφέροντος, πτωχευτικής διαδικασίας και διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης), 34. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α4 του άρθρου 22 της Διακήρυξης, 35. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού ΤΕΕ, 36. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 37. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πειθαρχικού ΤΕΕ, 38. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 39. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 40. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 41. την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 42. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 43. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 44. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 45. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ΕΕΤΕΜ, 46. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση ΕΕΤΕΜ, 47. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου (εθνικός λόγος αποκλεισμού), 48. το υπ' αρ. πρωτ. ... Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., 49. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου με συνημμένο πίνακα στοιχείων μετόχων, 50. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου

εκπροσώπου αναφορικά με το άρθρο 74 του ν.4412/2016, 51. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου αναφορικά με ΚΥΑ20977/23-08-2007. Επιπλέον, προς απόδειξη της καταλληλότητάς του για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22B της διακήρυξης, κατέθεσε την υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. Επίσης, κατέθεσε τα κάτωθι δικαιολογητικά έγγραφα Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22Γ της διακήρυξης: 1. την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. 2. την υπ' αρ. πρωτ.... Ενημερότητα πτυχίου, 3. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου αναφορικά με τη μη υπέρβαση ορίων ανεκτελέστου συνοδευόμενη από πίνακα ανεκτελέστου μέρους εργολαβιών δημοσίων έργων. Εν συνεχεία, καταθέσαμε την υπ' αρ. πρωτ.... βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. ως απαιτούμενο δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22Δ της διακήρυξης. Τέλος, αναφορικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου προσκομίσαμε τα κάτωθι έγγραφα: 1. το ΦΕΚ σύστασης της εταιρείας, 2. το ισχύον καταστατικό της εταιρείας, 3. το από 24.11.2020 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου για συμμετοχή στη διαδικασία, 4. το υπ' αρ. πρωτ.... Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., 5. το υπ' αρ. πρωτ.... Πιστοποιητικό Γ.Ε.Μ.Η». Η κατάθεση των εγγράφων αυτών αποδεικνύει και το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της παρούσας, δοθέντος ότι πληροί το σύνολο των τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων ανάδειξής του ως αναδόχου του επίμαχου έργου. Επιπροσθέτως, η εταιρεία μας υπέβαλε την με αριθ. πρωτ. ... Αίτηση (Σχ.6) προς την αναθέτουσα, ζητώντας την γνωστοποίηση του τόπου και χρόνου αποσφράγισης των προσφορών του άνω έργου, προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να παρευρεθεί δια εκπροσώπου, ως έχουσα προς τούτο έννομο συμφέρον. Ακολούθως υποβάλαμε την με αρ. πρωτ. ... αίτηση (Σχ.7) ζητώντας ειδικώς όπως η προσφορά μας τύχει της προσήκουσας εξέτασης, διότι η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της διαδικασίας χώρο τόσο των δημοσίων όσο και των ιδιωτικών έργων καθώς είναι εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην 6 τάξη και ως εκ τούτου συγκεντρώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον να λάβει μέρος στην υπό εξέλιξη διαδικασία. Συνεπώς, παρά τον αυθαίρετο αποκλεισμό μας από τους

προσκληθέντες οικονομικούς φορείς αιτηθήκαμε επανειλημμένα το άνοιγμα του υποβληθέντος φακέλου της εταιρείας μας, την αξιολόγηση της πρότασης καθώς και την εξέταση της οικονομικής μας προσφοράς». Ενδεικτικά προς απόδειξη της δραστηριοποίησής του στον χώρο αναφέρει τις κάτωθι αναθέσεις δημοσίων συμβάσεων: α. "Κατασκευή φράγματος και αγωγού μεταφοράς ..." του Υπουργείου Αγροτ. Ανάπτυξης και Τροφίμων/ Δ/ση Κατ/υων και μελετών/ ... με προϋπολογισμό: 6.380.000,00 € (με αναθεώρηση και ΦΠΑ) (Σχ.9, η σχετική σύμβαση) β. "Αποστράγγιση του ανατολικού τμήματος πόλης ..." της Περιφερειακή Ενότητας ... /Γενική Διεύθυνση Αναπτυξιακού Προγ/Σμου Περιβαλ. & Υποδομών / Διεύθυνση Τεχνικών Έργων με προϋπολογισμό: 8.154.900,00 € (Σχ.10, η σχετική σύμβαση) γ. "Έργα αποκατάστασης των Χ.Α.Δ.Α. στις θέσεις "... Δήμου ..., "... Δήμου ... και "... Δήμου ..." της Περιφέρειας ... Διεύθυνση Τεχνικών Έργων Τμήμα Δομών Περιβάλλοντος με προϋπολογισμό: 3.600.000,00 € (Σχ.11, η σχετική σύμβαση) δ. "... της Περιφέρειας ... Γενική Δ/Μση Αναπτυξ. Προγρ/Σμου , Περιβάλλοντος & Υποδομών Διεύθυνση Τεχνικών Έργων με προϋπολογισμό: 2.400.000,00 € (Σχ.12 η σχετική σύμβαση) ε. "Υδροδότηση Οικισμού ... -Α' Φάση:1) Εξωτερικός Αγωγός, 2) ..." της ... με προϋπολογισμό: 7.016.129,03 € (με αναθεώρηση Χωρίς ΦΠΑ) {Σχ.13, η σχετική σύμβαση) στ. "Κατασκευή φράγματος" της ... με προϋπολογισμό: 48.694.800.0 € (Με φΠΑ) «Αποκατάσταση αγωγών αποχέτευσης ακαθάρτων παράλληλα στον αυτοκινητόδρομο ..., τμήμα ... (χ.θ. 7+166 έως χ.θ. 13+383)» (εργολαβία ...), πρ/σμού 38.500.0 ευρώ της ... (Σχ.14, η σχετική σύμβαση). ζ. «Κατασκευή του τμήματος ... της οδού ... - ... της Περιφέρειας ... πρ/σμού 18.000.000 ευρώ (Σχ.15 η σχετική σύμβαση) η. «Αποκατάσταση αγωγών αποχέτευσης ακαθάρτων παράλληλα στον αυτοκινητόδρομο ..., τμήμα ... (χ.θ. 7+166 έως χ.θ. 13+383)» (εργολαβία ...), πρ/σμού 38.500.000 ευρώ της ... (Σχ.16 η σχετική σύμβαση). Επομένως, θεμελιώνει κατ' αρχήν παραδεκτώς το έννομο συμφέρον του.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, προς

εξέταση του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

10.Επειδή, ο προσφεύγων επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή του ότι *«Α. Πρώτος λόγος ακύρωσης: Παράνομος αποκλεισμός από τη διαδικασία διαπραγμάτευσης. Παράλειψη πρόσκλησης της εταιρείας μας στην επίμαχη διαδικασία παρά το γεγονός ότι πληροί τα προσόντα ανάληψης του συμβατικού έργου. Κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου και έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας. Συνακόλουθα, όταν δεν δικαιολογείται νομίμως και επαρκώς μια απόφαση οργάνου ή όταν αυτό προβαίνει σε αυθαίρετες επιλογές, η εν λόγω κρίση του πάσχει και από πλευράς κακής χρήσης ή υπέρβασης της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου. (παρατίθεται σχετική νομολογία). «20. Συμπερασματικά, από τα παραπάνω συνάγεται ότι η παράλειψη πρόσκλησης του οικονομικού φορέα μας να συμμετάσχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παραβιάζει πρόδηλα τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού και αντίκειται στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)».* Στη συνέχεια ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η Ειδική Υπηρεσία Δημοσίων Έργων Κατασκευής και Συντήρησης Συγκοινωνιακών Υποδομών έχει επανειλημμένα εκδώσει αποφάσεις με τις οποίες εγκρίνει την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 του Ν. 4412/2016, καθώς και πίνακες συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στην διαπραγμάτευση και αναφέρει ενδεικτικές αποφάσεις δια της προσκλήσεως συγκεκριμένων εταιρειών, τις οποίες προσκλήσεις και παραθέτει. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι *« 21. ...συνιστά καταρχάς κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της διοίκησης - εκτός καταρχάς αν αιτιολογηθεί ειδικά- στην προκειμένη, δε, περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν περιέλαβε καμία απολύτως αιτιολογία από την οποία να προκύπτουν λόγοι αποκλεισμού της εταιρίας μας από τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης με διαπραγμάτευση. Άλλωστε, η διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αυτή διαμόρφωσε*

τους όρους της σχετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης, ουδόλως αναφέρεται σε περιορισμένο αριθμό επιχειρήσεων, ενώ οι όροι της συνάδουν με ανοικτή διαδικασία, ώστε ο αποκλεισμός της εταιρίας μας και η μη συμπερίληψή της στον σχετικό πίνακα των επιχειρήσεων που προσκαλούνται στην εν λόγω διαδικασία να μην παρίσταται ως νόμιμη, αφού δεν αιτιολογείται επαρκώς ο περιορισμός του ανταγωνισμού στον οποίο προέβη η αναθέτουσα αρχή με την περιεχόμενη στην προσβαλλόμενη απόφαση πρόσκληση. 22. Κατόπιν όλων αυτών πρέπει να ακυρωθεί εν μέρει η προσβαλλόμενη (και συγκεκριμένα το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρίας μας) και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα, ήτοι να θεωρήσει αποδεκτή και να αξιολογήσει την προσφορά μας, προχωρώντας ακολούθως στην κατάταξή της μεταξύ των υπολοίπων προσκληθέντων οικονομικών φορέων. 23. Με τον τρόπο άλλωστε αυτό λαμβάνονται υπόψη λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την επικαλούμενη από την Οικονομική Επιτροπή ανάγκη ταχείας ολοκλήρωσης της διαδικασίας. Πράγματι, στη λύση αυτή συνηγορεί το πνεύμα της οικείας νομοθεσίας, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 370 παρ. 1 του Ν.4412/2016 «Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης». Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, λόγοι επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος δύνανται να καταστήσουν αναγκαία και την μη ακύρωση της διαδικασίας προ της σύναψης της συμβάσεως, ώστε να δύνανται αυτή να συνεχισθεί εφόσον εξασφαλισθεί η τήρηση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού. **Η αποδοχή της μερικής ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης υπαγορεύεται συνεπώς από λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που σχετίζονται με την προστασία των πολιτών της εδώ και ένα χρόνο πληγείσας περιοχής και καθιστούν επιτακτική την ανάγκη συνέχισης της διαδικασίας με την κατάφαση της συμμετοχής μας σε αυτήν. Μία τέτοια λύση εξυπηρετεί τόσο την ανάγκη ολοκλήρωσης του έργου εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, όσο και την οικονομική**

αποτελεσματικότητα της σύμβασης και συνακόλουθα το δημόσιο συμφέρον, καθώς το περαιτέρω άνοιγμα των προσφορών στον ελεύθερο ανταγωνισμό μπορεί να εξασφαλίσει στην αναθέτουσα αρχή μικρότερο κόστος του αναγκαίου έργου. Η ανωτέρω λύση μπορεί ευχερώς να υιοθετηθεί εφόσον υιοθετηθεί η σύμφωνη με το (υπερνομοθετικής ισχύος) ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία στη βάση των αρχών της αποτελεσματικότητας και της ενιαίας εφαρμογής, ώστε η πράξη της Αναθέτουσας Αρχής να υπαχθεί στο ρυθμιστικό πεδίο του άρ. 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και να γίνει αντιληπτή **ως πρόσκληση σε διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου**, η οποία προβλέπεται παγίως ως τρόπος ανάθεσης και είχε εισαχθεί στις έννομες τάξεις των Κρατών μελών ήδη από την Οδηγία 2004/18/ΕΕ. Με τον ανταγωνιστικό διάλογο διαμορφώνεται μια ευέλικτη διαδικασία, η οποία διασφαλίζει τόσο τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαφόρων οικονομικών φορέων όσο και την ανάγκη των αναθετουσών αρχών να διερευνούν με κάθε υποψήφιο όλες τις πτυχές της σύμβασης. Εξάλλου, η διαδικασία προβλέπει την υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης του διαγωνισμού στην οποία γνωστοποιούνται οι ανάγκες και οι απαιτήσεις της αναθέτουσας (Χ. Δετσαρίδης, *Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2019, σ. 81). Κατά συνέπεια, η αρχθείσα διαδικασία οφείλει να μην γίνει αντιληπτή ως κλειστή, στην οποία προσφορές δύνανται να υποβάλλουν αποκλειστικά οι υποψήφιοι που προσκλήθηκαν, ιδίως ενόψει της απουσίας αντίστοιχης πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης, οι όροι της οποίας παραπέμπουν σε διαδικασία στην οποία απορεί να λάβει μέρος κάθε ενδιαφερόμενος (που πληροί τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις) αλλά ως έναρξη ανοιχτού ανταγωνιστικού διαλόγου στον οποία έχουμε ήδη λάβει μέρος, ώστε να γίνει αποδεκτή η υποχρέωση συνεκτίμησης της προσφοράς μας μεταξύ των υπόλοιπων προσφορών των υποψηφίων.

Β. Επικουρικά προβαλλόμενος λόγος ακύρωσης Μη πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ. 2 (γ) του Ν. 4412/2016 - εσφαλμένη εφαρμογή και ερμηνεία. Παρανομία της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης λόγω μη

συνδρομής των νόμιμων όρων. Πλημμελής και καταχρηστική αιτιολογία. Υποχρέωση στενής ερμηνείας της εξαιρετικής διάταξης. Από τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η *ratio* της προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση είναι η κατασκευή δημοσίου έργου σε χρόνο εγγύ προς την εκδήλωση της επείγουσας και απρόβλεπτης κατάστασης. Μάλιστα, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕΛΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕΛΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕΛΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Σύμφωνα εξάλλου με την πάγια συναφή 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 Ολομέλειας Ελεγκτικού Συνεδρίου 14ης Γεν.Συν/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). (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). Τονίζεται, άλλωστε, ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας (πρβλ. απόφαση 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή). Επιπλέον νομολογείται παγίως πως η προκηρυσσόμενη κατ' άρθρο 32 περ. 2 υποπερ. γ' του ν.4412/2016 διαδικασία, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι διενεργείται σε συμμόρφωση με τη ratio της ανωτέρω διάταξης σε περίπτωση έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των ακραίων καιρικών φαινομένων και των

προκληθεισών ζημιών από την μία και κοινοποίησης της Πρόσκλησης από την άλλη, χωρίς να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς, για ποιο λόγο η διαδραμείσα χρονική περίοδος δεν επαρκούσε ώστε να προκηρυχθεί τακτικός διαγωνισμός (ΑΕΠΠ 1078/2018, 7ο Κλιμ., ΑΕΠΠ 128/2020, 6ο Κλιμ.). Επιπρόσθετα στην συγκεκριμένη περίπτωση σύμφωνα με την όγδοη διάταξη της προσβαλλόμενης υπ' αρ. 2310/2020 Πρόσκλησης και το άρθρο 12 της συνημμένης διακήρυξης «η συνολική προθεσμία για την περαίωση του αντικειμένου της σύμβασης ορίζεται σε οκτώ (8) μήνες». Ο ορισμός διαστήματος 8 μηνών για την περαίωση του υπό ανάθεση έργου συνιστά μακρύ χρονικό διάστημα, το οποίο εξ ορισμού δεν συμβαδίζει με τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της ανάγκης που καλείται να εξυπηρετήσει, ήτοι της αποκατάστασης των ζημιών που προκλήθηκαν από ακραία πλημμυρικά φαινόμενα. Πέραν τούτου παρατηρείται ότι προδήλως δεν υφίσταται χρονική εγγύτητα μεταξύ αφενός της εκδήλωσης των απρόβλεπτων και όλως εξαιρετικών πλημμυρικών φαινομένων και αφετέρου της κοινοποίησης της υπ' αρ. 2310/2020 Πρόσκλησης, καθώς τα ως άνω γεγονότα που προκάλεσαν τις ζημίες στο δίκτυο της τοπικής κοινότητας της ... έλαβαν χώρα στις 24-25/11/2019. Ωστόσο, η ανάρτηση της σχετική πρόσκλησης στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ για την ανάθεση του έργου της αποκατάστασης των ζημιών έγινε στις 3.11.2020, ήτοι σχεδόν έναν (1) ολόκληρο χρόνο μετά (!) τα καταστροφικά γεγονότα. Συνεπώς η προσφυγή στην ως άνω περιγραφείσα εξαιρετική διαδικασία είναι εξόφθαλμα καταχρηστική και παράνομη για τους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω. Χαρακτηριστικό είναι το γεγονός πως στην Ενώπιον Σας αχθείσα περίπτωση, η πρόδηλη παρανομία της πράξης της Οικονομικής Επιτροπής και η μη συνδρομή των νόμιμων όρων προσφυγής στη διαδικασία προκήρυξης άνευ δημοσίευσης ήταν σαφής ήδη και στα μέλη της. Συγκεκριμένα, όπως άλλωστε αντέτειναν το τακτικό μέλος της Οικονομικής Επιτροπής, κ. ... και το αναπληρωματικό μέλος ..., οι οποίοι καταψήφισαν την πρόταση προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρ. 32 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία έγινε καταχρηστικά, για το λόγο ότι συγκεκριμένη περίπτωση: α) το μεν έργο εντάχθηκε στον Προϋπολογισμό του 2020 στις 11 Δεκεμβρίου 2019 (με

προϋπολογισμό 9.000.000 €), η δε Μελέτη (με αυξημένο ποσό σε σχέση με τον αρχικό προϋπολογισμό) ήταν έτοιμη από τον Μάρτιο του 2020, σύμφωνα με την ημερομηνία που φέρουν τα τεύχη που την συνοδεύουν (μη ύπαρξη απρόβλεπτου χαρακτήρα). β) ενώ όφειλε να γίνει αύξηση στο εγγραφέν ποσό στον Προϋπολογισμό 2020, στην 1η Αναμόρφωση του Προϋπολογισμού 2020 που έλαβε χώρα στις 16.04.2020 κάτι τέτοιο δεν έγινε παρότι το σχετικό αίτημα του Διευθυντή των τεχνικών Υπηρεσιών εστάλη στις 20.03.2020, σύμφωνα με την Εισήγηση. Αντίθετα, αυτό αφέθηκε, με ευθύνη της Διοίκησης, για την 2η Αναμόρφωση του Προϋπολογισμού που έλαβε χώρα στις 29.07.2020. Περαιτέρω η Προγραμματική Σύμβαση με τον Δήμο ..., που αφορά μέρος του έργου και συγκεκριμένα ποσό 3.550.000 € από το σύνολο των 18.950.000 €, εστάλη στην Οικονομική επιτροπή προς έγκριση στις 15.09.2020. Όμως η Μελέτη είχε ήδη σταλεί στην Περιφέρεια ... από τον Δήμο ..., με ευθύνη του οποίου συντάχθηκε, στις 18.03.2020 σύμφωνα με την Εισήγηση. Συνεπώς, δεδομένου ότι το ποσό που υπήρχε εγγεγραμμένο στον Προϋπολογισμό ήταν μεγαλύτερο από την από 20.10.2020 Προγραμματική Σύμβαση (9.000.000 έναντι 3.550.000 αντίστοιχα), η τελευταία θα μπορούσε να προωθηθεί προς έγκριση ήδη από τον Μάρτιο του 2020. Συνεπώς, όπως καταλέξει αναγνωρίζει η μειοψηφία της απόφασης "υπάρχει ανεπίτρεπτη ευθύνη της Διοίκησης της ... για τις καθυστερήσεις τόσο στην έγκριση της χρηματοδότησης όσο και στην έγκριση της Προγραμματικής Σύμβασης. Έτσι, ενώ το έργο θα μπορούσε να δημοπρατηθεί το αργότερο περί τα μέσα Μαΐου 2020, φθάνει να δημοπρατείται 5,5 και πλέον μήνες μετά. Κατά συνέπεια, δεν είναι νόμιμη η εφαρμογή της διαδικασίας για διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, καθώς ο χρόνος που κερδίζεται μέσω αυτής σε σχέση με τον Ανοιχτό διαγωνισμό δεν είναι μεγαλύτερος των 3 μηνών, ενώ εδώ με ευθύνη της Αναθέτουσας Αρχής (και συγκεκριμένα της Διοίκησης της ...), η καθυστέρηση που υπάρχει στην δημοπράτηση είναι μεγαλύτερη των 5,5 μηνών. Επισημαίνουμε ότι ο Νόμος απαγορεύει την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, όταν το κατεπείγον προκύπτει με ευθύνη της αναθέτουσας Αρχής. Σημειώνουμε δε, ότι αν το έργο είχε δημοπρατηθεί τον Μάιο του 2020, θα

μπορούσε να έχει ολοκληρωθεί η υπογραφή της Σύμβασης εντός 5 μηνών και να έχει εκτελεσθεί το τμήμα του έργου που αφορά εργασίες επικίνδυνες για την ασφάλεια των πολιτών (καθαρισμοί ρεμάτων, τεχνικών κλπ) εντός το πολύ 2 μηνών (τόσος είναι ο χρόνος που απαιτήθηκε για τους καθαρισμούς στην Μάνδρα). Συνεπώς, υπό αυτές τις προϋποθέσεις και με διαδικασία Ανοιχτού Διαγωνισμού, θα μπορούσε να έχουν ολοκληρωθεί οι απαιτούμενες εργασίες για την άρση της επικινδυνότητας εντός του Δεκεμβρίου 2020" (οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης απορρέουν από δική της ευθύνη) γ) επιπροσθέτως, όπως ομοίως αναγνωρίζεται από την μειοψηφία της απόφασης, "οι εργασίες που έχουν συμπεριληφθεί στον Προϋπολογισμό του έργου δεν είναι όλες κατεπείγουσες (ασφαλοστρώσεις οδών, κατασκευές τοιχίων στα ρέματα, χωρίς αυτά να είναι οριοθετημένα και χωρίς να εξαιρείται η συγκεκριμένη περίπτωση της οριοθέτησης)". (έλλειψη κατεπείγοντος χαρακτήρα του συνόλου των εργασιών). δ) Επιπλέον η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης στηρίχθηκε, σύμφωνα με την Εισήγηση, στην προσχηματική επίκληση του με αρ. πρωτ. 808649/21-10-2020 εγγράφου του τοπικού Αντιπεριφερειάρχη, συνεπώς όχι με πρωτοβουλία και αιτιολόγηση εκ μέρους της αρμόδιας Υπηρεσίας. Επομένως, όπως τεκμηριώνεται στην ίδια την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα είχε όχι μόνο άφθονο χρόνο αλλά και την πραγματική δυνατότητα να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης του υπό κρίση έργου, ενώ η δημιουργία κατεπείγουσας (και σε καμία περίπτωση απρόβλεπτης) ανάγκης προέκυψε από τις χαρακτηριστικά πλημμελείς ενέργειές της. 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 προσφυή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με σύντμηση των σχετικών προθεσμιών, πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, 1592/2004, 4169/1996, Ελ.Συν. 1509/2012 VI Τμ.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 11.12.2020 απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «**Β. ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ.** Όπως προκύπτει από τα έγγραφα της σύμβασης, η προκείμενη διαδικασία δεν αποτελεί συνήθη διαδικασία, αλλά διαδικασία με εξαιρετικά επείγοντα χαρακτήρα για λόγους προστασίας της ζωής και της περιουσίας των πολιτών της τοπικής κοινότητας ..., αφού υλοποιείται προκειμένου να αντιμετωπιστούν οι επιπτώσεις από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25 Νοεμβρίου 2019, στην εν λόγω τοπική κοινότητα ... του Δήμου ... και στις γύρω περιοχές που τελούν σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης και εμπίπτουν στη χωρική δικαιοδοσία της Περιφερειακής Ενότητας Από το τεύχος της Τεχνικής Περιγραφής ως προς το αντικείμενο της σύμβασης, προκύπτουν τα εξής: 1. Γενικά. Αντικείμενο του παρόντος έργου είναι η εκτέλεση επείγουσών εργασιών καθαρισμού και απομάκρυνσης από το οδικό δίκτυο του οικισμού του συσσωρευμένων φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών κλπ, καθαρισμός των φραγμένων φρεατίων, αγωγών, οχετών, έργα αντιστήριξης πρανών του ρέματος ... και έργα αποκατάστασης οδών του οικισμού ... του Δήμου ... και των γύρω περιοχών που επλήγησαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24-25 Νοεμβρίου 2019, οι οποίοι τελούν σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης και εμπίπτουν στη χωρική δικαιοδοσία της Περιφερειακής Ενότητας ... της 2. Αντικείμενο έργου 2.1 Καθαρισμός πληγείσας περιοχής i. Προβλέπεται η απομάκρυνση από την κοίτη και τα πρανή των ρεμάτων του μεγάλου όγκου των από ανάντη φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών, κλπ, ή και της τυχόν αυτοφυσούς βλάστησης, προκειμένου να αποκατασταθεί άμεσα η ροή των ομβρίων υδάτων ενόψει του επερχόμενου χειμώνα και λόγω του επαπειλούμενου κινδύνου από τυχόν άλλα παρόμοια πλημμυρικά φαινόμενα. Απομάκρυνση από το οδικό δίκτυο του οικισμού του συσσωρευμένων φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών κλπ,

προκειμένου το συντομότερο να αποκατασταθεί η κανονικότητα της ζωής των κατοίκων της περιοχής. Σημειώνεται ότι στα συσσωρευμένα υλικά τα οποία πρέπει να απομακρυνθούν περιλαμβάνονται και όλες οι ποσότητες υλικών οι οποίες προέκυψαν από προσωρινούς καθαρισμούς των ρεμάτων οι οποίοι διενεργήθηκαν αμέσως μετά την πλημμύρα από υπηρεσίες της Περιφέρειας κλπ και οι οποίες ποσότητες δεν απομακρύνθηκαν αλλά συσσωρεύτηκαν σε διάφορους χώρους εντός και εκτός οικισμού. Γενικώς καμία ποσότητα του μεγάλου όγκου των φερτών υλικών, μπαζών, φερτών οικιακών απορριμμάτων δεν μεταφέρθηκε σε επιτρεπόμενους χώρους αλλά παραμένουν εντός και εκτός χώρων του οικισμού. Στις εν λόγω ποσότητες περιλαμβάνονται και όλα τα οικιακά και λοιπά απορρίμματα τα οποία συσσωρεύσαν οι κάτοικοι από τον καθαρισμό των οικιών τους, οι οποίες ποσότητες εναποτέθηκαν στους εν λόγω χώρους. Κοπή και απομάκρυνση των μη υγιών δέντρων, όπου αυτό είναι απαραίτητο, τα οποία να βρίσκονται στα πρηνή και την κοίτη των ρεμάτων και να εμποδίζουν την ροή των ομβρίων υδάτων. Τα δέντρα πρέπει να κοπούν με τέτοιο τρόπο ώστε να μη διαταραχθούν τα πρηνή και η κοίτη των ρεμάτων. Προς τούτο, τα δέντρα θα κόβονται σε ύψος 0,40μ από το φυσικό έδαφος και ο κορμός θα απομακρύνεται, η δε ρίζα θα παραμένει στη θέση της για να μη διαταραχθεί η συνοχή του εδάφους. Το ύψος κοπής των δέντρων είναι ανεξάρτητο από την περίμετρο του κορμού τους. iii. Καθαρισμός των φραγμένων φρεατίων, αγωγών, οχετών (περιλαμβάνονται τεχνικά έργα, έργα συναρμογής), δηλαδή φόρτωση και απομάκρυνση φερτών υλικών και απορριμμάτων, προκειμένου να γίνετα απρόσκοπτα η ροή των ομβρίων υδάτων εντός αλλά και εκτός του οικισμού. Λόγω του επείγοντος χαρακτήρα του έργου, της εκτεταμένης διασποράς των φερτών και λοιπών υλικών, (απορριμμάτων, μπαζών, κλπ), σε όλη την περιοχή και ως εκ τούτου της δυσχερούς καταγραφής και προμέτρησης των εν λόγω εργασιών, οι επιμέρους θέσεις παρέμβασης θα εκτείνονται στο σύνολο του οικισμού αλλά και εκτός αυτού, θα καθορίζονται δε επί τόπου από την Υπηρεσία. Εκτός του ρέματος της ..., το οποίο έχει προκαλέσει εκτεταμένες ζημιές εντός του οικισμού, θα γίνει παρέμβαση καθαρισμού και των λοιπών ρεμάτων που βρίσκονται στα όρια ή και εκτός του οικισμού και τα οποία μπορεί

να εξελιχθούν σε περαιτέρω καθοριστικούς παράγοντες στην κακή εξέλιξη τυχόν άλλων παρόμοιων πλημμυρικών φαινομένων. 2.2 Αντιστήριξη πρανών ρέματος ... Με το παρόν έργο θα γίνουν παρεμβάσεις στο τμήμα του ρέματος της ... από την ... έως την ... συνολικού μήκους 800,00μ. Από την έξοδό του από τον ... (διαστάσεων 13,00μ. πλάτος επί 10,00μ. ύψος) και έως 100,00μ. ... βρίσκεται σε ... περιοχή, ενώ το υπόλοιπο τμήμα έως την θάλασσα είναι σε ... περιοχή (βλ. Εικόνα 1). Το ... δεν είναι οριοθετημένο, οι εργασίες που προβλέπονται στην παρούσα εργολαβία υπάγονται στις υποπεριπτώσεις 1.1 και 1.7, του άρθρου 4 του Νόμου 4258/2014 που αφορούν σε καθαρισμό κοίτης και εργασίες άρσης προσχώσεων, αποκατάστασης, και επισκευής υφισταμένων αντιπλημμυρικών έργων οι οποίες απαιτούνται για την άμεση αντιμετώπιση φυσικών καταστροφών κατά τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 4014/2011 και κατά συνέπεια δεν απαιτείται η προηγούμενη οριοθέτηση του. Στο εντός σχεδίου τμήμα θα γίνει η αποκατάσταση των πρανών του ρέματος εκτός των ρυμοτομικών γραμμών της οικιστικής περιοχής και συγκεκριμένα εντός του προσδιορισμένου χώρου με συμβολισμό Κ.Χ., με κατασκευή τοίχων αντιστήριξης από οπλισμένο σκυρόδεμα, εδραζόμενων επί πασσάλων. Πιο συγκεκριμένα προτείνεται η κατασκευή τεσσάρων (4) διαφορετικών τύπων τοίχων, αναλόγως του αντιστηριζόμενου ύψους, ως ακολούθως: • Τύπος 1, αντιστηριζόμενο ύψος 2.50m, πάσσαλοι Ø80/2.40m • Τύπος 2, αντιστηριζόμενο ύψος 3.85m, πάσσαλοι Ø80/1.60m • Τύπος 3, αντιστηριζόμενο ύψος 3.50m, πάσσαλοι Ø80/1.60m • Τύπος 4, αντιστηριζόμενο ύψος 2.20m, πάσσαλοι Ø80/2.40m Το μήκος ρέματος εφαρμογής των πασσάλων είναι 550,00 μ.: 100,00μ. ανάντη της ... και 450,00μ. κατόντη έως τη ζώνη του ... και η περιοχή εφαρμογής τους φαίνεται στα επισυναπτόμενα σχέδια της παρούσας μελέτης. Για το εκτός του σχεδίου τμήμα του ρέματος προτείνεται η αποκατάσταση των πρανών του ρέματος στην θέση του ίχνους του υφιστάμενου κατεστραμμένου πρανούς το οποίο προέκυψε μετά από λεπτομερή αποτύπωση μετά την πλημμύρα. Για την αποκατάσταση προτείνεται: • η εκσκαφή των κατολισθημένων υλικών, • η κατασκευή τοίχου συρματοκιβωτίων ελάχιστου ύψους 4,00μ., • η επίχωση όπισθεν των συρματοκιβωτίων με σκύρα λατομείου διαβάθμισης 25/75. Το μήκος ρέματος

εφαρμογής των συρματοκιβωτίων είναι περίπου 250,00μ. και η περιοχή εφαρμογής τους φαίνεται στα επισυναπτόμενα σχέδια της μελέτης. 2.3. Προβλέπονται εργασίες αποκατάστασης των οδών που έχουν πληγεί, συντηρήσεις ή ανακατασκευές κατά περίπτωση. Οι οδοί επέμβασης είναι οι κάτωθι: ... από το ύψος της οδού ... έως την οδό ... της ... (...) από το ύψος του ... έως περίπου 500μ μετά τον κόμβο Επισυνάπτουμε στην παρούσα το τεύχος της τεχνικής περιγραφής που υπάρχει πλήρης περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης. 3. Από το ίδιο το αντικείμενο της σύμβασης προκύπτει ότι η άμεση εκτέλεση των σχετικών εργασιών, ενόψει του ότι μόλις εισερχόμαστε στη χειμερινή περίοδο με την εντεύθεν αύξηση της έντασης των καιρικών φαινομένων (συχνά πλέον ακραίων), επιβάλλεται για λόγους δημόσιου συμφέροντος που συνδέονται αυταπόδεικτα με την προστασία της ζωής και της υγείας των κατοίκων της ως άνω περιοχής. Είναι νωπές οι μνήμες από τις καταστροφικές πλημμύρες στη ... (...). Η Υπηρεσία μας κάνει ό,τι είναι ανθρωπίνως δυνατόν για να αποσοβηθεί ο σχετικός κίνδυνος. Είναι πρόδηλο ότι η προσπάθεια αυτή δεν μπορεί να ματαιώνεται από ενέργειες που τη θέτουν σε διακινδύνευση, όπως η προκείμενη. Κάθε φορέας που εμποδίζει την σχετική προσπάθεια, θα φέρει και το βάρος των συνεπειών, σε περίπτωση που επαναληφθούν ακραία καιρικά φαινόμενα και προκληθούν ζημιές στην περιουσία ή – πολύ περισσότερο – βλάβη στην υγεία των πολιτών. Ενόψει των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική πρέπει να απορριφθεί λόγω της συνδρομής υπέρτερων λόγων δημοσίου συμφέροντος (Ε.Α. ΣτΕ 248/2007, 501/2006, 493/2009 κ.α.). 4. Στο ως άνω συμπέρασμα άγει και το γεγονός ότι η προσφεύγουσα μόνο επικουρικώς αμφισβητεί τη νομιμότητα της ακολουθηθείσας διαδικασίας, ενώ και η ίδια έχει υποβάλει προσφορά, αποδεχόμενη σαφώς ότι η εν γένει διαδικασία που ακολουθήθηκε από την Υπηρεσία μας είναι νόμιμη. Ο σκοπός συμμετοχής της προσφεύγουσας στην επίμαχη διαδικασία, όμως, οσοδήποτε σημαντικός κι αν ήθελε θεωρηθεί, δεν μπορεί να συγκριθεί με τον σκοπό δημόσιου συμφέροντος στον οποίον αποσκοπεί η διαδικασία αυτή καθ' αυτή. 5. Επιπλέον, ενόσω δεν έχει απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, δεν μπορεί να συναφθεί η

οικεία σύμβαση, και κατά συνέπεια ουδέν κίνδυνο υπέχει η προσφεύγουσα. 6. Οι προβαλλόμενοι με την προδικαστική προσφυγή λόγοι παρίστανται προδήλως αβάσιμοι, όπως θα εκθέσουμε αναλυτικά με το έγγραφο των απόψεών μας. 7. Τέλος, ενόψει των ανωτέρω, και της επιτακτικής ανάγκης άμεσης συμβασιοποίησης η αναθέτουσα αρχή εκφράζει την ευχή προσδιορισμού συντομότερης ημερομηνίας για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής.

12. Επειδή, ο προσφεύγων με το από 11.12.2020 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς το κρίνον Κλιμάκιο με θέμα «Κατεπείγον αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων - αριθ. καταθ. ΑΕΠΠ 1815/7.12.2020» αναφέρει «σε συνέχεια της με αριθ. καταθ. ΑΕΠΠ 1815/2020 προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας μας, Σας διαβιβάζουμε την 2649/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., γνώση της οποίας λάβαμε σήμερα, με την οποία εγκρίνεται το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαπραγμάτευσης για το έργο "Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24ης-25ης.11.2019 στην τοπική κοινότητα ...'' με το οποίο (πρακτικό) προτείνεται η κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρία "...". Σύμφωνα με το άρθρο 364 («Ανασταλτικό αποτέλεσμα») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: "1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.» Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι τόσο η προθεσμία για άσκηση της προδικαστικής προσφυγής όσο και η άσκησή της

επιφέρουν καταρχάς αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα ως προς τη σύναψη της σύμβασης, ήτοι την υπογραφή της, ωστόσο, ο νόμος εισάγει ρητή εξαίρεση στην περίπτωση που δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης. Σύμφωνα εξάλλου με νομολογία της ΑΕΠΠ η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ' του Ν. 4412/2016 έχει πλέον πρόσφατα κριθεί πως εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της περίπτωσης της παρ. 2 α) του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου (ΑΕΠΠ 1265/2020 7ο Κλιμ.). Κατά συνέπεια, σε περίπτωση που δεν χορηγηθεί από Εσάς το αμεσότερο δυνατό το προσωρινό μέτρο της αναστολής περαιτέρω εξέλιξης της διαδικασίας και ιδίως της υπογραφής της σύμβασης, η προσφυγή μας καθίσταται άνευ αντικειμένου και στερούμαστε της δυνατότητας δικαστικής προστασίας καθώς κατά τα γνωστά απομένουν σε εμάς μόνο αποζημιωτικής φύσεως αξιώσεις (έμμεση αποκατάσταση της βλάβης μας) και δεν δυνάμεθα να διεκδικήσουμε την κατακύρωση του συμβατικού αντικειμένου. Επειδή η εν λόγω διαδικασία είναι καταφώρως παράνομη για τους λόγους που αναλύουμε στην προδικαστική προσφυγή μας. Επειδή η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας θα επιφέρει ανεπανόρθωτη βλάβη αφενός στην εταιρία μας, αφετέρου στο δημόσιο συμφέρον λόγω του περιορισμένου ανταγωνισμού που δεν διασφαλίζει την οικονομική αποτελεσματικότητα της σύμβασης, όπως λεπτομερώς αναφέρουμε στο σωρευθέν με την προδικαστική προσφυγή μας αίτημα για λήψη προσωρινών μέτρων. Επειδή μετά την έκδοση της προαναφερόμενης απόφασης η προδικαστική προσφυγή μας κινδυνεύει να καταστεί άνευ αντικειμένου, για τους λόγους αυτούς ΑΙΤΟΥΜΑΣΤΕ 1.Την έκδοση απόφασης επί των αιτούμενων και σωρευόμενων με το δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής μας προσωρινών μέτρων και την άμεση λήψη αυτών, ει δυνατόν και εντός της ημέρας λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα της διαδικασίας. 2.Να λάβουμε γνώση των τυχόν κατατεθειμένων απόψεων της Διοίκησης επί της προδικαστικής προσφυγής μας και των τυχόν ασκηθέντων παρεμβάσεων».

13. 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.».

14. 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. [...]».

15. 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».

16. Επειδή, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές, οφείλουν πρωτεύοντος να εφαρμόζουν τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες που προβλέπει το άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως αυτή ρητά παραπέμπει στα άρθρα 27 έως 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρα 27 έως 31 του Ν. 4412/2016). Εντούτοις, η παρ. 6 του άρθρου 26 της ανωτέρω Οδηγίας (παρ. 6 του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016), προβλέπει κατ' εξαίρεση, στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις του άρθρου 32 της ως άνω Οδηγίας (άρθρα 32 του Ν. 4412/2016) ότι μπορεί να εφαρμόζεται διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης ή χωρίς τη διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης σε ανάδοχο. Η δε απαρίθμηση του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 είναι περιοριστική και δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να ερμηνεύουν διασταλτικά τις εν λόγω διατάξεις, εφαρμόζοντας τις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες και σε άλλες περιπτώσεις, εκτός από εκείνες που ρητά αναφέρονται στο κείμενο του νόμου. Όπως συνάγεται, συνεπώς, από τα ανωτέρω, η περίπτωση (γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, αποτελεί μία από τις προβλεπόμενες εκ του νόμου περιπτώσεις, η οποία δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, στον βαθμό που αυτό κρίνεται απολύτως απαραίτητο, εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η

δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση (βλ. αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Περαιτέρω, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις όπου καταστάσεις κατεπείγουσας ανάγκης τις οποίες η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τις οποίες δεν είναι υπεύθυνη καθιστούν αδύνατη τη διεξαγωγή συνήθους διαδικασίας ακόμη και με συντόμευση της προθεσμίας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν, στο μέτρο του απολύτως αναγκαίου, να αναθέτουν συμβάσεις κάνοντας χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Αυτό μπορεί να συμβεί σε περίπτωση φυσικών καταστροφών, όπου απαιτείται άμεση δράση (βλ. αιτιολογική σκέψη 80 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

17. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το προγενέστερο καθεστώς, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕΛΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕΛΣυν 247,

249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο δε νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο, κατά την αναθέτουσα αρχή, ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο ππαίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.). Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕλΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕλΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο (πρβλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕλΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕλΣυν 168/2012 Πράξη) και εν προκειμένω, καταρχήν από την ΑΕΠΠ. Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕλΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕλΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας,

ΕΥ:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. 1-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, ΕΥ:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. 1-1949, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Ψ68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, ΕΥ:C:2005:347, Συλλ. 2005, I- 4713, σκέψη 40).

18. Επειδή, ειδικότερα, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις C199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. 1-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. 1-1949 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

19. 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).

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

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

της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

22. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

23. Επειδή, με την ελευθερία των συμβάσεων, ως εκδήλωση του δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας, δεν συμβιβάζεται κατ'αρχήν μεταγενέστερη επέμβαση του νομοθέτη περιοριστική της ελευθερίας αυτής, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η ελευθερία αυτή προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων ή ασκείται κατά παραβίαση του Συντάγματος ή ενέχει προσβολή των χρηστών ηθών, καθώς επίσης κατά τις περιπτώσεις που αυτή ασκείται προς βλάβη της Εθνικής Οικονομίας (αρ.5§1, 25§3, 106§2 του Συντάγματος). Επίσης η ελευθερία αυτή μπορεί να περιορισθεί όπου τούτο επιβάλλεται από λόγους γενικότερου κοινωνικού ή δημοσίου συμφέροντος (Ολομ. του Α.Π. 2/1998).

24. Επειδή, ειδικότερα κίνητρο των διοικητικών οργάνων για την άσκηση της δραστηριότητάς τους που προβλέπουν οι κανόνες δίκαιου είναι πάντοτε η άμεση ή έμμεση ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Καταρχήν το δημόσιο συμφέρον, βάσει του αντικειμενικού κριτηρίου, συμπίπτει αμέσως με το συμφέρον όλων των μελών της κρατικής κοινωνίας διότι αφορά την

ικανοποίηση των βασικών αναγκών που μπορεί να έχουν όλα τα μέλη αυτά (π.χ εθνική άμυνα, υγεία). Είναι δε νομική έννοια, διότι καθορίζεται από τους κανόνες δικαίου, είτε ως ένα από τα στοιχεία του περιεχομένου των κανόνων, είτε ως σκοπός των νομικών πράξεων ή υλικών ενεργειών των δημόσιων νομικών προσώπων. Στην πρώτη περίπτωση ο καθορισμός του δημοσίου συμφέροντος με συνταγματικές διατάξεις, είτε συνιστά προϋπόθεση και όριο του συνταγματικά επιτρεπτού περιορισμού ενός ατομικού δικαιώματος που επιτρέπεται συνταγματικά, είτε ιδρύει δέσμευση του νομοθετικού οργάνου για τη ρύθμιση συγκεκριμένων θεμάτων (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 11η έκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, 15 και 77 και επ).

25. Επειδή, εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς, ήτοι δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, β) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, στο σύνολό τους. Εν προκειμένω, ενόψει των προβαλλόμενων ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επ' αυτών, απαιτεί 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 καταρχήν στην Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει, υπό το φως της κείμενης εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και ενδεχομένως κατόπιν αναζήτησης διευκρινήσεων από αμφοτέρωτα τα μέρη.

26. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω αναφερθέντων στις σκ. 22-25 της παρούσας, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημοσίου συμφέροντος και δοθέντος ότι η άμεση εκτέλεση των σχετικών εργασιών, ενόψει της χειμερινής περιόδου με την εντεύθεν αύξηση της έντασης των καιρικών φαινομένων (συχνά πλέον ακραίων), επιβάλλεται για λόγους

υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος που συνδέονται αυταπόδεικτα με την προστασία της ζωής και της υγείας των κατοίκων της περιοχής που πρόκειται να εκτελεσθούν τα έργα, ήτοι απαιτείται να αποσοβηθεί ο σχετικός κίνδυνος και τούτο διότι σε περίπτωση που επαναληφθούν ακραία καιρικά φαινόμενα δύναται να προκληθούν ζημιές στην περιουσία ή – πολύ περισσότερο – βλάβη στην υγεία των πολιτών, ως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Σημειώνεται δε ότι και ο ίδιος ο προσφεύγων στο κύριο αίτημα του (βλ. σελ. 17 της προσφυγής), αναγνωρίζει ότι *«λαμβάνονται υπόψη λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος συναπτόμενοι με την επικαλούμενη από την Οικονομική Επιτροπή ανάγκη ταχείας ολοκλήρωσης της διαδικασίας»* αλλά και ότι *«η αποδοχή της μερικής ακύρωσης της προσβαλλόμενης υπαγορεύεται συνεπώς από λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που σχετίζονται με την προστασία των πολιτών της εδώ και ένα χρόνο πληγείσας περιοχής και καθιστούν επιτακτική την ανάγκη συνέχισης της διαδικασίας»* με την κατάφαση της συμμετοχής του. Εν προκειμένω, σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008), ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Επομένως, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, κρίνεται ότι ενδείκνυται να διαταχθεί, ως κατάλληλο μέτρο προσωρινής προστασίας, η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της επίμαχης διαδικασίας και η μη υπογραφή της σύμβασης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση της Α.Ε.Π.Π επί της υπό εξέταση προσφυγής (βλ. κατ' αναλογία ΔΕφΑθ (Αναστ) 512/2011, 691/2012, 263/2013 και ΑΕΠΠ Α227/2020). Εξάλλου, το εν λόγω μέτρο δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία και 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 ήτοι, δεν προκύπτει συνολικά ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, χωρίς να αποκλείεται να επανέλθει η αναθέτουσα αρχή με εξέταση δυνατότητας προσδιορισμού συντομότερης ημερομηνίας για την εξέταση της υπό κρίση

Αριθμός Απόφασης: Α272/2020

προδικαστικής προσφυγής, (βλ. κατ' αναλογία Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2^η έκδοση, παρ. 409 σελ.255). Σημειώνεται δε ότι με τις οικείες απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι, *«ενόσω δεν έχει απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, δεν μπορεί να συναφθεί η οικεία σύμβαση»* (βλ. σκ. 5, αρ. πρωτ. 959752/11.12.2020 εγγράφου της).

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την κατακύρωση του αποτελέσματος της επίμαχης διαδικασίας και την υπογραφή της σύμβασης, κατά το σκεπτικό.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 14.12.2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ