

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 3 Μαΐου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Ευαγγελία Σεραφή και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας Ιωάννης Κάρκαλης, που αναπληρώνει νόμιμα τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος κωλύεται.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 14.4.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της εταιρίας με την επωνυμία «.....» και» και το διακριτικό τίτλο «.....» (ΑΦΜ), η οποία εδρεύει στον νομίμως εκπροσωπούμενη, που παραστάθηκε δια της πληρεξουσίου δικηγόρου της Δήμητρας Παπαϊωάννου (Α.Μ./Δ.Σ.Α.: 10710).

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο, νομίμως εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουστουμπάρδη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια της προσφεύγουσας, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν.4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη που διενεργήθηκε μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr..

**Αφού άκουσε την εισήγηση του Συμβούλου Ιωάννη Καλακίκου
Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου**

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με την Πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο εξής: προσβαλλόμενη Πράξη) έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, με την οποία η εταιρεία με την επωνυμία «.....» (.....) και δ.τ. «.....» [δημόσια επιχείρηση στο κεφάλαιο της οποίας το Ελληνικό Δημόσιο συμμετέχει σε ποσοστό που υπερβαίνει το 50%, βλ. άρθρα 6 και 7 του ν. 4237/2014 - Α΄ 36 (στο εξής: προσφεύγουσα Α.Α.)] αναθέτει, στην εταιρεία με την επωνυμία «.....» (στο εξής ανάδοχος εταιρεία), την προμήθεια 41.000 kg πυρίτιδας για 5,56 mm, συνολικής συμβατικής δαπάνης 1.168.500,00 ευρώ (στο εξής: ελεγχόμενη σύμβαση), η οποία αποτελεί προαπαιτούμενο για την υλοποίηση της σύμβασης που η έχει συνάψει με το Υπουργείο (.....).

2. Με την κρινόμενη προσφυγή –για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής)- η, ως αναθέτουσα αρχή, ζητεί παραδεκτώως την ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης.

3. Η προσφεύγουσα Α.Α., στο πλαίσιο της υποχρέωσής της, βάσει της σύμβασης με το, για παράδοση 21.940.288 φυσιγγίων και μετά τις άγονες προσπάθειες προμήθειας, μέσω της εν ισχύ σχετικής σύμβασης, της απαιτούμενης, για την κατασκευή των φυσιγγίων, ποσότητας 41.000 kg πυρίτιδας, αποφάσισε να προσφύγει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 42 παρ. 2 περ. δ΄ ν. 3978/2011, στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατόπιν πρόσκλησης οκτώ (8) υποψηφίων, από την οποία αναδείχθηκε ανάδοχος η εταιρεία «.....».

4. Με την προσβαλλόμενη Πράξη διαπιστώθηκαν οι εξής διακωλυτικοί της υπογραφής του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης λόγοι: 1^{ος}) Δεν είναι νόμιμη η ανάθεση της εν λόγω προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, καθόσον δεν αιτιολογείται η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απόβλεπα γεγονότα που δεν επέτρεψαν τη διενέργεια διαδικασίας ανάθεσης με δημοσίευση προκήρυξης. 2^{ος}) Μη νομίμως έγινε δεκτή η

προσφορά της αναδόχου εταιρείας, ενώ έπρεπε να απορριφθεί καθόσον αποκλίνει από τους όρους της σχετικής πρόσκλησης. 3^{ος}) Δεν διενεργήθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 57 παρ. 1 του ν. 3978/2011, έλεγχος της προσωπικής κατάστασης της αναδόχου εταιρείας και της τυχόν συνδρομής των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού της από τη διαδικασία ανάθεσης. 4^{ος}) Το σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης έχει συνταχθεί στην Αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύεται από επίσημη μετάφραση.

– Επί του 1^{ου} διακωλυτικού λόγου, σχετικά με τη νομιμότητα της προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.

5. Η σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, με αναθέτουσα αρχή την προσφεύγουσα ΑΑ, εκτιμώμενη αξία 1.168.500,00 ευρώ και συμβατικό αντικείμενο προμήθεια (πυρίτιδα που είναι απαραίτητη για την κατασκευή για τις της Χώρας) που αφορά άμεσα «..... εξοπλισμό» (βλ. άρθρα 16 παρ. 1 περ. γ' και 15 παρ. 1 περ. 20 του ν. 3978/2011), διέπεται από τις διατάξεις του Δεύτερου Μέρους (άρθρα 14 έως 98) του ν. 3978/2011 (Α' 137), με τις οποίες ενσωματώθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη η Οδηγία 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009, «σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης ορισμένων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας» (βλ. άρθρο 15 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, Α' 147).

6. Στο άρθρο 38 του ανωτέρω ν. 3978/2011 απαριθμούνται οι διαγωνιστικές διαδικασίες, στις οποίες επιτρέπεται να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή για τη σύναψη συμβάσεων και τις οποίες περιλαμβάνεται και η «διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού». Η δυνατότητα προσφυγής στην τελευταία προβλέπεται σε ειδικές μόνο περιπτώσεις και εφόσον συντρέχουν συγκεκριμένοι όροι και προϋποθέσεις, διότι συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού. Μεταξύ των ειδικών αυτών περιπτώσεων είναι και η περ. δ' της παρ. 2 του άρθρου 42 του ίδιου νόμου, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στην εξαιρετική αυτή διαδικασία ανάθεσης, «αιτιολογώντας ειδικά τη χρήση της στην ανακοίνωση ανάθεσης σύμβασης», «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 κλειστές διαδικασίες ή τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, καθώς και των συντομευμένων προθεσμιών που αναφέρονται στο άρθρο 51 παράγραφος 8. Οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική της ευθύνη». Κατά την έννοια δε των ίδιων διατάξεων «γεγονότα απρόβλεπτα» είναι εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, και τα οποία κατέστησαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό των ενεργειών που ήταν αναγκαίες για την πρόληψη και αντιμετώπισή τους (πρβλ. Ελ.Συν. Ολ. 333/2021, σκ. 10.Α., Τμ.Μειζ.Επτ.Συνθ. 1291/2019, 6627/2015, 707/2013, Έβδομο Τμ. 1702/2021, 1166/2021, 1309/2021, VI Τμ. 1542/2019 1326/2018, 2345/2017, 3015, 3217/2012 κ.α, ΔΕΕ (ενδεικτικά) αποφ. της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, Finn Fiogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beratkabskommunikation, C -549/14, αποφ. της 15ης Σεπτεμβρίου 2014 Ministerio dell Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, αποφ. της 23ης Απριλίου 2009 Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, και την στις αποφάσεις αυτές παρατιθέμενη νομολογία).

7. Στις 11.1.2006, μετά από θετικό προσυμβατικό έλεγχο (βλ. Πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου), υπεγράφη μεταξύ του και της προσφεύγουσας Α.Α. η σύμβαση, η οποία αφορά στην προμήθεια, μεταξύ άλλων 7.656.000 φυσιγγίων 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB- 1TPX. Μετά δε και την 4^η από τροποποίηση της ανωτέρω σύμβασης, οι ποσότητες και τα χρονοδιαγράμματα παραδόσεων των προς προμήθεια φυσιγγίων διαμορφώθηκαν ως εξής:

A /A	χρόνος παράδοσης σε μήνες	είδος	Ποσότητα (τμχ)
	T0 = ημερομηνία υπογραφής 4 ^{ης} τροποποίησης, 8.12.2021		
1	T0+6	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε	3.850.000

		ταινίες 4KB-1TPX	
2	T0+9	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB-1TPX	4.000.000
3	T0+12	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB-1TPX	4.000.000
4	T0+15	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB-1TPX	4.000.000
5	T0+18	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB-1TPX	4.000.000
6	T0+21	Φυσίγγια 5,56 χιλ σε ταινίες 4KB-1TPX	2.090.288
ΣΥΝΟΛΟ			21.940.288

8. Η προσφεύγουσα Α.Α., στο πλαίσιο υλοποίησης της ως άνω υποχρέωσης παράδοσης στο φυσιγγίων, απηύθυνε την πρόσκληση υποβολής προσφορών για την προμήθεια 142.758 kg πυρίτιδας, όπου αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι διατηρεί το δικαίωμα να υποβάλλει παραγγελίες για το σύνολο της ποσότητας ή και για μέρος αυτής. Εν συνεχεία, βάσει της 15023/1/9.3.2015 προσφοράς του, απεύθυνε στον ανάδοχο προμηθευτή, «.....» με έδρα τη, την 47900000386/2.10.2015 παραγγελία για προμήθεια ποσότητας 41.000 kg πυρίτιδας, στην οποία (παραγγελία), μετά από μία περίοδο που παρέμεινε ανενεργή, επανήλθε η προσφεύγουσα Α.Α., με το από 21.2.2020 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την έγκριση, με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της (Δ.Σ.), της επικαιροποιημένης προσφοράς του ανωτέρω προμηθευτή. Για την υλοποίηση της παραγγελίας, ζητήθηκε από τον προμηθευτή, σύμφωνα με τους όρους της αρχικής συμφωνίας, η προσκόμιση εγγυητικής επιστολής προκαταβολής, την οποία αυτός, με την από 31.5.2021 επιστολή του καθώς και το από 4.6.2021 μεταγενέστερο ηλεκτρονικό μήνυμά του, αρνήθηκε να εκδώσει, υποστηρίζοντας να του χορηγηθεί προκαταβολή χωρίς εγγυήσεις και αντιπροτείνοντας να γίνει η πληρωμή με ενέγγυο πίστωση πληρωτέα με την παρουσίαση των φορτωτικών εγγράφων, ενώ και στη πρόταση της προσφεύγουσας Α.Α., με το από 5.7.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, να αναλάβει αυτή τα έξοδα της εγγυητικής επιστολής, ουδεμία απάντηση εδόθη.

9. Κατόπιν των ανωτέρω εξελίξεων, η προσφεύγουσα Α.Α. αποφάσισε, με την απόφαση του Δ.Σ. αυτής, ενόψει και της 26/8.7.2021 εισήγησης της Διεύθυνσης Προμηθειών της, την προμήθεια της άνω ποσότητας των 41.000 kg πυρίτιδας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης

διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 42 παρ. 2 εδ. δ' του ν. 3978/2011, με πρόσκληση στη διαπραγμάτευση οκτώ (8) οικονομικών φορέων. Η σχετική πρόσκληση με ημερομηνία έθεσε μεταξύ άλλων, ως καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφορών, σε σφραγισμένο φάκελο, την 5.10.2021, η οποία στη συνέχεια παρατάθηκε έως τις 26.10.2021. Από τους οκτώ (8) υποψηφίους, στους οποίους εντέλει προστέθηκε και ο οικονομικός φορέας «.....», οι δύο (2) εξ αυτών («.....») ενημέρωσαν, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ότι δεν μπορούν να υποβάλλουν προσφορά διότι δεν έχουν τη συγκεκριμένη ποιότητα πυρίτιδας που ζητείται και δεν μπορούν να ανταποκριθούν στους χρόνους παράδοσης. Σύμφωνα δε με το από 13.12.2021 πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης προσφορών, υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές, η προσφορά του υποψηφίου, με έδρα τη, «.....» η οποία υποβλήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και απορρίφθηκε ως απαράδεκτη λόγω μη κατάθεσής της σε σφραγισμένο φάκελο, όπως απαιτούσε η ως άνω πρόσκληση, η δε προσφορά του υποψηφίου, με έδρα την, «.....» η οποία κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή. Το ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε με την από 14.12.2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της προσφεύγουσας Α.Α. και η προμήθεια ανατέθηκε στον πιο πάνω προμηθευτή, έναντι τιμής τεμαχίου 28,50 ευρώ ανά kg συσκευασμένης πυρίτιδας και με συνολικό κόστος 1.168.500,00 ευρώ.

10. Με την προσβαλλόμενη Πράξη έγινε δεκτό ότι δεν είναι νόμιμη η ανάθεση της προμήθειας του εν λόγω αγαθού με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, καθόσον δεν αιτιολογείται η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απόβλεπα γεγονότα που δεν επέτρεπαν τη διενέργεια της διαδικασίας ανάθεσης με δημοσίευση προκήρυξης. Τούτο, διότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα Α.Α. επικαλείται, με την από 5.12.2019 επιστολή της προς το, ως λόγο για την καθυστέρηση των συμβατικών παραδόσεων των φυσιγγίων 56 χιλ και κατά συνεκδοχή της υλοποίησης της ελεγχόμενης προμήθειας πυρίτιδας που συνιστά προαπαιτούμενο για την κατασκευή τους, τον κατά προτεραιότητα προγραμματισμό της παραγωγικής διαδικασίας των φυσιγγίων ασκήσεων των που αφορά άλλη συμβατική της υποχρέωση προς το Ελληνικό Δημόσιο (σύμβαση), ήτοι γεγονός

αναγόμενο στη δική της σφαίρα επιρροής και ευθύνης. Περαιτέρω, τόσο στην .../8.7.2021 εισήγηση της Διεύθυνσης Προμηθειών όσο και στην εγκριτική αυτήςαπόφαση του Δ.Σ της προσφεύγουσας Α.Α. δεν περιέχεται οποιαδήποτε ειδική αιτιολόγηση περί της συνδρομής τόσο του απρόβλεπτου γεγονότος, όσο και της κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζομένης με τις προθεσμίες που επιβάλλει η δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Αν ήθελε θεωρηθεί ότι υπολαμβάνεται ως απρόβλεπτο γεγονός η αδυναμία προμήθειας της πυρίτιδας από την εταιρία, ενόψει της από 9.10.2015 παραγγελίας της λόγω άρνησης της πρώτης να προσκομίσει την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή προκαταβολής, τότε επίσης δεν τεκμηριώνεται η αδυναμία της προσφεύγουσας ΑΑ να τηρήσει κατ' ελάχιστον τις συντομευμένες προθεσμίες που αναφέρονται στο άρθρο 51 παρ. 8 ν. 3978/2011 (δεκαήμερη ή δεκαπενθήμερη προθεσμία). Δηλαδή, ενώ τελούσε, ήδη από 4.6.2021, εν γνώσει της αδυναμίας της προαναφερθείσας εταιρείας να εκπληρώσει την σχετική υποχρέωσή της, εν τούτοις δεν επέλεξε να τηρήσει την διαγωνιστική διαδικασία με τις ανωτέρω συντομευμένες προθεσμίες, αλλά μόλις στις 30.8.2021 αποφάσισε την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης. Εξάλλου, η απουσία κατεπείγουσας ανάγκης επιρρωνύεται από το γεγονός ότι το ελεγχόμενο σχέδιο σύμβασης προβλέπει μακρούς χρόνους παράδοσης (25.000,0 kg 10 μήνες μετά την υπογραφή της σύμβασης και 16.000 kg 3-4 μήνες μετά την πρώτη ως άνω παράδοση), χρόνοι που παρεκτείνονται έτι περαιτέρω, αν συνεκτιμηθεί ότι το χρονοδιάγραμμα των παραδόσεων των φυσιγγίων 5,56 χιλ για την κατασκευή των οποίων παρίσταται αναγκαία η επίμαχη προμήθεια πυρίτιδας εκκινεί στις 8.12.2021 και έχει καταληκτική ημερομηνία παράδοσης 21 μήνες μετά την ανωτέρω ημερομηνία.

11. Με την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το από 6.5.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί διότι εκδόθηκε κατά πλημμελή εφαρμογή των κρίσιμων διατάξεων του άρθρου 42 παρ. 2 περ. δ' του ν. 3978/2011 που διέπουν την υπόθεση. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ΑΑ, επιχειρώντας να πλήξει την κρίση του Κλιμακίου με την οποία της αποδίδεται ότι δεν αιτιολόγησε με επάρκεια και πείθουσα αιτιολογία ότι συνέτρεξαν οι προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, υποστηρίζει ότι προέβη σε κάθε

νόμιμη ενέργεια (ενεργοποίηση των παρατάσεων, προαιρέσεων) προκειμένου να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της προς το Ελληνικό Δημόσιο που απορρέουν από την σύμβαση. Ότι εντός του συμβατικού πλαισίου του χρονοδιαγράμματος των παρατάσεων, ανήγρε προμηθευτή για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι την εταιρία, και κατέβαλε κάθε δυνατή προσπάθεια για την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης και την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Ότι η άρνηση της εν λόγω εταιρείας να παράσχει οποιασδήποτε μορφής εγγύηση συνιστά γεγονός απρόβλεπτο, το οποίο δεν ανάγεται στη σφαίρα της δικής της ευθύνης και είχε ως συνέπεια την ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης. Περαιτέρω, ότι είχε υπερβεί κάθε χρονικό όριο παρατάσεων στο πλαίσιο της ανωτέρω σύμβασής της με το, ότι το έκτακτο της ανάγκης προκύπτει από το στενό χρονοδιάγραμμα της σύμβασης αυτής και ότι η εκκίνηση νέας διαδικασίας εύρεσης αναδόχου θα επέφερε σημαντική καθυστέρηση με συνέπεια να μην ικανοποιούνται έγκαιρα οι των επιτακτικές ανάγκες των Ισχυρίζεται δε ότι τα ανωτέρω στοιχεία ήταν σε γνώση του Δ.Σ. αυτής με αποτέλεσμα να μην απαιτείται ειδική τεκμηρίωση στην 126/8.7.2021 εισήγησης της Διεύθυνσης Προμηθειών της ίδιας της προσφεύγουσας ΑΑ. Ισχυρίζεται επίσης ότι οι συνήθειες διαδικασίες ανάθεσης δεν επαρκούσαν, εξ απόψεως χρόνου, ακόμη και με την χρήση της σύντμησης των προθεσμιών του αρ. 51 παρ. 8 ν. 3978/2011.

12. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή, αν και δεν γίνεται πανηγυρική επίκληση από την προσφεύγουσα ΑΑ των λόγων που στοιχειοθετούν το απρόβλεπτο και την κατεπείγουσα ανάγκη προσφυγής στην διαγωνιστική διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (πρβ. ΕλΣυν Τμ VI 1335/2018, σκ. VI), από την .../8.7.2021 εισήγηση της Διεύθυνσης Προμηθειών αυτής και την εγκριτική αυτής απόφαση του Δ.Σ. της, προκύπτουν επαρκώς τα ανωτέρω στοιχεία κατά τρόπο που να καλύπτουν την απαίτηση του αρ. 42 παρ. 1 ν. 3978/2011, για ειδική αιτιολόγηση της χρήσης της δυνατότητας προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία ανάθεσης. Ειδικότερα, αναφέρεται ρητά το επείγον της υλοποίησης της σύμβασης, δεδομένου ότι η προμήθεια των 41.000 kg πυρίτιδας είναι προαπαιτούμενο για την υλοποίηση της σύμβασης που έχει συνάψει η ίδια με το καθώς και ότι η άρνηση της εταιρίας να καταβάλλει οποιαδήποτε εγγύηση, παρά τις όποιες προσπάθειές της, κατέστησε

ανέφικτη την συμβασιοποίηση της εκτέλεσης της εν λόγω προμήθειας. Από τα στοιχεία αυτά, όπως συμπληρώνονται από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, καθίσταται σαφές ότι το επειγόν της σύναψης και της εκτέλεσης της προς ανάθεση σύμβασης προκύπτει αβίαστα και αναμφισβήτητα από την ανάγκη τήρησης του χρονοδιαγράμματος που έχει συμφωνηθεί με το για την εκτέλεση της σύμβασης και το απρόβλεπτο από την άρνηση της πρώην αναδόχου εταιρίας να προσκομίσει εγγυητική επιστολή προκαταβολής. Η άρνηση, εξάλλου, της άνω εταιρίας να υποβάλλει το σχετικό αποδεικτικό εγγύησης της προκαταβολής, η οποία, σημειωτέον ότι με βάση τους όρους της μεταξύ τους σύμβασης ήταν απαραίτητη για την καταβολή σ' αυτή της προκαταβολής, συνιστά, πράγματι γεγονός απρόβλεπτο, το οποίο δεν μπορούσε να προβλεφθεί από την προσφεύγουσα ΑΑ και οδήγησε στη ματαίωση της σχετικής σύμβασης. Το δε χρονοδιάγραμμα κατασκευής και παράδοσης των φυσιγγίων σύμφωνα με την σύμβαση εκκινεί μεν στις 8.12.2021 και ολοκληρώνεται εικοσιένα (21) μήνες μετά, όπως ορθώς επισημαίνει το Κλιμάκιο, πλην όμως, προβλέπει σταδιακές παραδόσεις μεγάλης ποσότητας φυσιγγίων, ανά τρίμηνο (3) περίπου, για τις οποίες προαπαιτείται η σταδιακή, αντίστοιχα και συμβαδίζουσα χρονικά προμήθεια της πυρίτιδας που αποτελεί αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης. Λαμβάνοντας δε υπ' όψιν ότι, μετά την παράδοση εκάστης ποσότητας πυρίτιδας, μεσολαβεί και ο χρόνος κατασκευής των φυσιγγίων, όπως βασίμως υποστηρίζει και η προσφεύγουσα ΑΑ, ο χρόνος που απέμενε μετά την 5.7.2021 οπότε και διαπιστώθηκε η οριστική άρνηση της άνω εταιρίας να εκτελέσει την προμήθεια χορηγώντας ισόποση της προκαταβολής εγγύηση, δεν επέτρεπε την τήρηση των τακτικών διαγωνιστικών διαδικασιών ανάθεσης. Εξάλλου, η προβλεπόμενη στο άρθρο 51 παρ. 8 ν. 3978/2011 σύντμηση των προθεσμιών αφορά μόνο στις τιθέμενες όμοιες για την υποβολή προσφορών, χωρίς πάντως να διασφαλίζεται η οικονομία και της λοιπής διαγωνιστικής διαδικασίας που απαιτείται στις ανοικτές τακτικές όμοιες (πρβ. ΕλΣυν Τμ Έβδομο 1308/2021 σκ. 7), ενώ η κλειστή διαγωνιστική διαδικασία του άρθρου 39 ν. 3978/2011 απαιτεί τη διεξαγωγή της σε δύο φάσεις, με αξιολόγηση των υποψηφίων βάσει προσόντων χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας, τη σύνταξη καταλόγου προεπιλογής σε πρώτη φάση και ακολούθως την πρόσκληση για υποβολή προσφορών, έλεγχο και αξιολόγησή τους σε δεύτερη φάση (βλ. άρθρο 52). Αντίστοιχα στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση

προκήρυξης προβλέπεται η δυνατότητα υποβολής αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος από οποιονδήποτε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ακολουθεί το στάδιο προεπιλογής και ακολούθως της διαπραγμάτευσης με τους προεπιλεγέντες (βλ. άρθρα 40, 52). Το δε χρονικό διάστημα ανάμεσα στις 5.7.2021 και την 30.8.2021, οπότε και εκδόθηκε η απόφαση του ΔΣ για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεν κρίνεται ασυνήθιστα μεγάλο, δοθέντος του χρόνου που απαιτείται για την επεξεργασία των δεδομένων και την κινητοποίηση των αρμοδίων οργάνων και επί μέρους υπηρεσιών της αναθέτουσας δημόσιας επιχείρησης. Εξάλλου, η όποια καθυστέρηση στην εκτέλεση της σύμβασης, σχετικά με τις παραδόσεις των φυσιγγίων προς το, εξαιτίας του κατά προτεραιότητα προγραμματισμού της παραγωγικής διαδικασίας των φυσιγγίων ασκήσεων των (σύμβαση), δεν επηρέασε ούτε συνδέεται αιτιωδώς με τη συνδρομή του κατεπείγοντος που οδήγησε στην προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Η καθυστέρηση αυτή, καθ' ο μέρος οφείλεται αποκλειστικά στην άνω αιτία, επιχειρήθηκε να θεραπευτεί με την τροποποίηση του χρονοδιαγράμματος στην παράδοση των φυσιγγίων που πραγματοποιήθηκε με την 4η τροποποίηση της αρχικήςσύμβασης. Κατά συνέπεια πρόσφορη αιτία για τη συνδρομή του κατεπείγοντος, και συγκεκριμένα της αδυναμίας τήρησης των χρονοδιαγραμμάτων αυτών, δεν είναι σε καμία περίπτωση η καθυστέρηση που σημειώθηκε εξαιτίας του κατά προτεραιότητα προγραμματισμού της παραγωγικής διαδικασίας των φυσιγγίων ασκήσεων των, αλλά αποκλειστικά το απρόβλεπτο γεγονός της άρνησης της αρχικής αναδόχου εταιρίας να προσκομίσει ισόποση εγγυητική της προκαταβολής επιστολή και κατ' ακολουθία να εκτελέσει την προμήθεια. Το γεγονός αυτό είχε ως συνέπεια την ανάγκη εκ νέου εκκίνησης, νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Ο δε απαιτούμενος για την ολοκλήρωση της νέας αυτής διαδικασίας χρόνος, μέσω κλειστής διαδικασίας ή διαδικασίας με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού ή με τη χρήση των προβλεπόμενων στο άρθρο 51 παρ. 8 συντομευμένων προθεσμιών, θέτει σε κίνδυνο την τήρηση των συμφωνηθέντων χρονοδιαγραμμάτων, παρισταμένης ως νόμιμης της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Επομένως, το Κλιμάκιο με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίνοντας τα αντίθετα, πλημμελώς εφάρμοσε το άρθρο 42 παρ. 2 περ. δ' του ν. 3978/2011 και ο

εξεταζόμενος σχετικός λόγος προσφυγής, με τον οποίο πλήττεται η αιτιολογία αυτή της προσβαλλόμενης Πράξης, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

13. Η Πάρεδρος Ελένη Νικολάου διατύπωσε την ακόλουθη συμβουλευτική γνώμη: Το αντικείμενο της υποβληθείσας προς έλεγχο διαδικασίας σύναψης σύμβασης προμήθειας αποτέλεσε αντικείμενο προμήθειας με ανάδοχο προμηθευτή την επιχείρηση «.....», η οποία ανάγεται στο έτος 2015. Η προσφεύγουσα απηύθυνε στις 2.10.2015 παραγγελία προς τον εν λόγω ανάδοχο για την ήδη ζητούμενη ποσότητα, η οποία ουδέποτε εκτελέστηκε (σκ. 8 της παρούσας). Έκτοτε και μέχρι τις 21.2.2020, παρήλθαν τέσσερα και πλέον έτη αδράνειας, κατά τη διάρκεια των οποίων η προσφεύγουσα δεν επέδειξε ούτε τη στοιχειώδη επιμέλεια προκειμένου να επιδιώξει με νόμιμα μέσα την εκτέλεση της παραγγελίας ή την κήρυξη του προμηθευτή έκπτωτου ή, γενικά, την επέλευση εννόμων συνεπειών που θα διασφάλιζαν την υλοποίηση της προμήθειας ή την αποδέσμευση της προσφεύγουσας από οποιοδήποτε συμβατικό δεσμό, επωφελώς, εφόσον δεν συνέτρεχε υπαιτιότητά της, προκειμένου η υλοποίηση της προμήθειας να πραγματοποιηθεί πριν καταστεί κατεπείγουσα. Η άρνηση υλοποίησης του νεότερου αιτήματος από τον προμηθευτή, ανεξάρτητα από τους δικαιολογητικούς λόγους και την έλλειψη πνεύματος συνεργασίας παρά τις διευκολύνσεις που του παρείχε η προσφεύγουσα, και η εντεύθεν ανάγκη εξεύρεσης έτερου για την υλοποίηση της προμήθειας εμπίπτουν στη σφαίρα ευθύνης της προσφεύγουσας, η οποία όφειλε και μπορούσε να προβλέψει το ενδεχόμενο να μην είναι δυνατή η εκτέλεση της παραγγελίας της τέσσερα και πλέον έτη μετά το πρώτο της αίτημα. Επομένως, δεν συνέτρεξε απρόβλεπτη περίσταση που προκάλεσε την κατεπείγουσα ανάγκη προμήθειας με διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης, επιπλέον και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η δράση του προμηθευτή ήταν απρόβλεπτη, τούτο οφείλεται στη μακρόχρονη αδράνεια της προσφεύγουσας να επιληφθεί της έννομης σχέσης της με τον εν λόγω προμηθευτή, δηλαδή σε πταίσμα της. Επιπροσθέτως ισχύουν οι ορθές διαπιστώσεις της προσβαλλόμενης Πράξης, ότι δεν τεκμηριώνεται η αδυναμία της προσφεύγουσας να τηρήσει έστω κατ' ελάχιστον τις συντομευμένες προθεσμίες που αναφέρονται στο άρθρο 51 παράγραφος 8 του ν. 3978/2011 (δεκαήμερη ή δεκαπενθήμερη ελάχιστη προθεσμία), καθώς και ότι την απουσία κατεπείγουσας ανάγκης επιβεβαιώνει το γεγονός ότι το ελεγχόμενο σχέδιο προβλέπει μακρούς χρόνους παράδοσης (25.000 Kg 10 μήνες μετά την υπογραφή της σύμβασης

και 16.000 Kg 3-4 μήνες μετά την πρώτη ως άνω παράδοση), οι οποίοι επεκτείνονται έτι περαιτέρω, αν συνεκτιμηθεί ότι το χρονοδιάγραμμα παραδόσεων των φυσιγγίων 5,56 mm για την κατασκευή των οποίων παρίσταται αναγκαία η επίμαχη προμήθεια πυρίτιδας εκκινεί στις 8.12.2021 και έχει καταληκτική ημερομηνία παράδοσης 21 μήνες μετά την ανωτέρω ημερομηνία. Επομένως, ο προβαλλόμενος λόγος ανάκλησης τυγχάνει απορριπτός.

– Επί του 2^{ου} διακωλυτικού λόγου, σχετικά με τη νομιμότητα μη απόρριψης της προσφοράς του αναδόχου της ελεγχόμενης σύμβασης.

14. Συμφώνως και προς το άρθρο 20 του ν. 3978/2011, με το οποίο ορίζεται ότι κατά τη σύναψη των συμβάσεων «[η] αναθέτουσα αρχή αντιμετωπίζει τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργεί με διαφάνεια», οι όροι που έχουν τεθεί στην πρόσκληση των οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να τηρούνται αυστηρά, εκτός εάν προκύπτει το αντίθετο, ότι δηλαδή είναι διαπραγματεύσιμοι, ή επουσιώδεις (βλ. Ελ.Συν. Τμ VI πράξη 77/2008, σκ. V πρβλ. Τμ Μειζ.Επτ.Συν. 707/2013, σκ. V.Γ, VI.Γ.)

15. Στη σχετική πρόσκληση της προσφεύγουσας ΑΑ για την ανάθεση της ελεγχόμενης προμήθειας οριζόταν, μεταξύ άλλων, σχετικά με το χρόνο παράδοσης του προμηθευόμενου είδους, ότι «Delivery Time: 25.000 kg on March 2022 and 16.000 kg on September 2022. Delivery time will also be taken into consideration in the evaluation of the offer». Δηλαδή, προβλεπόταν ως ημερομηνία παράδοσης, για τα πρώτα 25.000 kg πυρίτιδας ο Μάρτιος του έτους 2022 και για τα υπόλοιπα 16.000 kg αυτής ο Σεπτέμβριος του έτους 2022, ενώ οριζόταν, επίσης, ότι ο χρόνος παράδοσης θα ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Στην δε προσφορά της η αναδειχθείσα ανάδοχος «.....» δεσμεύθηκε ορίζοντας τον χρόνο παράδοσης των 25.000 kg πυρίτιδας σε 10 μήνες μετά την υπογραφή της σύμβασης και των υπολοίπων 16.000 kg πυρίτιδας σε 3 έως 4 μήνες μετά την πρώτη παράδοση (εκτός από 10 Ιουνίου έως 10 Σεπτεμβρίου).

16. Με την προσβαλλόμενη Πράξη έγινε δεκτό ότι κατά παράβαση των όρων της πρόσκλησης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι ενώ αποκλείστηκε ο υποψήφιος «.....»», λόγω μη κατάθεσης προσφοράς σε σφραγισμένο φάκελο, δεν

αποκλείστηκε η προσφορά της αναδόχου της ελεγχόμενης σύμβασης, μολονότι προέβλεπε διαφορετικούς χρόνους παράδοσης του προς προμήθεια είδους.

17. Με την κρινόμενη προσφυγή και με το επ' αυτής υπόμνημα προβάλλεται ότι οι χρόνοι παράδοσης που προέβλεπε η ανωτέρω πρόσκληση, το Μάρτιο έτους 2022 και τον Σεπτέμβριο έτους 2022, είχαν οριστεί ως διαπραγματεύσιμοι. Ότι πάντως η πρόσκληση δεν αποτελεί ένα απολύτως δεσμευτικό κείμενο ενόψει της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης που ακολουθήθηκε. Τέλος ότι είναι μη ουσιώδης η πλημμέλεια που διαπιστώθηκε γιατί εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον, όπως εν προκειμένω που δεν κατατέθηκε άλλη παραδεκτή προσφορά και η διαδικασία θα απέβαινε άγονη. Σε κάθε περίπτωση, η προσφορά της «.....», πέραν του ότι κατατέθηκε απαραδέκτως εκτός φακέλου και ήταν εμφανής, ήταν και ακριβότερη από της επιλεγείσας αναδόχου.

18. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο ως άνω όρος (βλ. ανωτέρω σκ. 14) που είχε τεθεί στην προαναφερόμενη πρόσκληση σχετικά με το χρονοδιάγραμμα παράδοσης του προμηθευόμενου είδους, δεν προκύπτει ότι μπορούσε να γίνει αντιληπτός ως διαπραγματεύσιμος από έναν επιμελή ευλόγως ενημερωμένο και επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, η δε αναφορά στο δεύτερο εδάφιο ότι ο χρόνος παράδοσης θα ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση των προσφορών γίνεται αντιληπτό ότι αφορά βελτιωμένους και ταχύτερους από τους αναφερόμενους στο πρώτο εδάφιο χρόνους παράδοσης και όχι ότι είναι δυνατόν να υπερβαίνουν οι χρόνοι αυτοί τους κατά τα ανωτέρω οριζόμενους στο πρώτο εδάφιο. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη τις συγκεκριμένες περιστάσεις της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης και, ειδικότερα ότι από τους εννέα (9) συνολικά, μαζί με την αναδειχθείσα ανάδοχο, οικονομικούς φορείς που κλήθηκαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ανταποκρίθηκαν, τελικά στην επικοινωνία μόνο τέσσερις (4) και εξ αυτών μόνο οι δύο (2) υπέβαλαν προσφορά με δεσμευτικό περιεχόμενο, η επιλεγείσα ανάδοχος και η «.....», των οποίων οι προσφορές, για διαφορετικούς λόγους, δεν συμφωνούσαν με τους όρους που είχαν τεθεί στην πρόσκληση, η λύση που επέλεξε η προσφεύγουσα Α.Α. να κάνει αποδεκτή την προσφορά της αναδειχθείσας αναδόχου αντί να κηρύξει άγονη τη διαδικασία, παρίσταται δικαιολογημένη ενόψει του επείγοντος για την υλοποίηση της

προμήθειας. Εξάλλου, για την παραβίαση του ίσου μέτρου κρίσης μεταξύ των συμμετεχόντων στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, πρέπει η διαφορετική μεταχείριση να εντοπίζεται στην ίδια κατά βάση πλημμέλεια (βλ. ΕλΣυν Τμ Μειζ.Επτ.Συν. 1031/2019, σκ. 6, Τμ VI 3057/2017, σκ. 10, ΣτΕ 1896/2020, σκ. 4), κάτι που δε συνέβη εν προκειμένω κατά την αξιολόγηση των προσφορών της «.....» και του αναδόχου. Σε αντιπαραβολή δε και με την οικονομική προφορά της «.....» (38,16 USD/χγρμ περίπου 36,7 ευρώ το κιλό) η προσφορά της αναδόχου παρίσταται οικονομικότερη. Ακόμα δε και σε σχέση με το χρονοδιάγραμμα παραδόσεων του υπό προμήθεια αγαθού, σημειώνεται ότι η προσκληθείσα να υποβάλλει προσφορά εταιρία ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι τελικά δεν υπέβαλε προσφορά, δήλωσε ότι μπορεί να παραδώσει την ζητούμενη πυρίτιδα μετά τα μέσα του 2023, δηλαδή πρότεινε χρόνο παράδοσης αυτής κατά πολύ απώτερο εκείνου της επιλεγείσας αναδόχου, ενώ και η προσφερθείσα τιμή ανά kg είναι οικονομικότερη σε σχέση με τις τρέχουσες τιμές που ενημέρωσε ότι πωλεί η άνω εταιρία. Με τα δεδομένα αυτά, η αποδοχή της προσφοράς της «.....» και η ανάδειξή της ως αναδόχου δεν παραβιάζει ουσιωδώς τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Εκτιμώντας τις ανωτέρω περιστάσεις, η διαπιστωθείσα ως άνω πλημμέλεια, ορώμενη συνολικώς, δεν μπορεί να οδηγήσει σε κρίση ότι συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια που έπληξε την αντικειμενική ακεραιότητα της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης.

19. Η Πάρεδρος Ελένη Νικολάου διατύπωσε την ακόλουθη συμβουλευτική γνώμη: Όπως ορθά κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη, κατά παράβαση των όρων της πρόσκλησης, η οποία αποτελεί δεσμευτικό για τον προσφέροντα νομικό πλαίσιο, καθώς και της γενικής αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων (βλ. και άρθρο 20 του ν.3978/2011) δεν αποκλείστηκε η προσφορά του αναδόχου της ελεγχόμενης σύμβασης, μολονότι προέβλεπε διαφορετικούς χρόνους παράδοσης του προς προμήθεια είδους από τους καθοριζόμενους στην πρόσκληση.

– *Επί του 3^{ου} διακωλυτικού λόγου, σχετικά με τον μη έλεγχο τυχόν συνδρομής στο πρόσωπο του αναδόχου υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού του από τη διαδικασία ανάθεσης.*

20. Το άρθρο 57 παρ. 1 και 4 του ν. 3978/2011, με το οποίο μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι αντίστοιχες ρυθμίσεις του άρθρου 39 της Οδηγίας 2009/81/EK, το οποίο ισχύει ανεξαρτήτως της επιλογής της διαδικασίας ανάθεσης, ορίζει ότι: «1. Αποκλείεται της συμμετοχής σε σύμβαση κάθε υποψήφιος ή προσφέρων εις βάρος του οποίου υπάρχει τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση γνωστή στην αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα, για έναν ή περισσότερους από τους λόγους που απαριθμούνται κατωτέρω: α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, (...), β) δωροδοκία, (...), γ) απάτη, (...), δ) τρομοκρατικό έγκλημα ή παράβαση συνδεδεμένη με τρομοκρατικές δραστηριότητες, (...), ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, (...). 4. Η αναθέτουσα αρχή δέχεται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 (...): α) για την παράγραφο 1 (...) την προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου εκδοθέντος από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή της χώρας καταγωγής ή προέλευσης του εν λόγω προσώπου, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, (...) Σε περίπτωση που η χώρα προέλευσης του οικονομικού φορέα δεν εκδίδει τέτοιο έγγραφο ή πιστοποιητικό ή αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 (...) αυτό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση του ενδιαφερομένου ή, στα κράτη - μέλη όπου δεν προβλέπεται η ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού οργανισμού του κράτους καταγωγής ή προέλευσης».

21. Με την προσβαλλόμενη Πράξη έγινε δεκτό ότι πριν την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης δεν έχει διενεργηθεί ο προβλεπόμενος, σύμφωνα με το άρθρο 57 παρ. 1 ν. 3978/2011, έλεγχος της συνδρομής ή μη των λόγων αποκλεισμού της αναδειχθείσας αναδόχου εταιρείας «.....».

22. Με την κρινόμενη προσφυγή και με το επ' αυτής υπόμνημα προβάλλεται ότι κατά την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης ελήφθησαν υπόψη οι σχετικές με τους λόγους αποκλεισμού των υποψηφίων οι διατάξεις, γεγονός το οποίο προκύπτει από το συμβατικό πλαίσιο. Ότι στα έγγραφα του φακέλου του διαγωνισμού δηλώνεται ότι τηρήθηκε το νομοθετικό πλαίσιο του ν. 3978/2011 και άρα και των

απαιτήσεων του άρθρου 57 παρ. 1 αυτού, το οποίο ήταν σε γνώση των υποψηφίων και λήφθηκε υπόψη κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών. Προσκομίζεται δε η από 14.4.2022 υπεύθυνη δήλωση του Διευθυντή Πωλήσεων της αναδόχου «.....», με την οποία δηλώνεται ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο της αναδόχου οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 39 της Οδηγίας 2009/81 ΕΚ λόγοι αποκλεισμού της από τη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, και ότι προσκομίζεται η δήλωση αυτή λόγω των δυσκολιών απόκτησης όλων των εγγράφων που ζητήθηκαν σε τόσο σύντομο χρονικό διάστημα.

23. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Από τις διατάξεις του άρθρου 39 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ, προκειμένου να καθίσταται εφικτός και πραγματικός ο έλεγχος και η επαλήθευση της προσωπικής κατάστασης των υποψηφίων αναδόχων (πρβ. ΔΕΕ απόφαση της 2.12.1999, C 176/1998, σκ. 24-30, της 4.12.2003, 448/2001, σκ. 51, της 6.11.2014, C-42/2013 σκ. 42-43, Προτάσεις Γ.Ε. της 3.3.2016, C-46/2015, σκ. 47-48) θεσπίζεται η ιεράρχηση των αναφερόμενων αποδεικτικών μέσων και η κατά προτεραιότητα προσκόμιση συγκεκριμένων αποδεικτικών μέσων (πρβ. ΔΕΕ απόφαση της 7.7.2016, C-46/2015, σκ. 31-39) που εκδίδονται από τις εθνικές αρχές κάθε κράτους μέλους (ποινικό μητρώο, πιστοποιητικά) και παρέχουν αυξημένο βαθμό απόδειξης. Η υπεύθυνη δήλωση επιτρέπεται σε αντικατάσταση των οριζομένων αποδεικτικών μέσων μόνο στην περίπτωση που η χώρα προέλευσης του οικονομικού φορέα δεν εκδίδει τέτοιο έγγραφο ή πιστοποιητικό ή αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 και εφόσον δεν προβλέπεται η ένορκη βεβαίωση στο κράτος μέλος προέλευσης του οικονομικού φορέα. Εξαιρετικά δε με τη νομική αδυναμία απόκτησης των κατά τα ανωτέρω ζητούμενων αποδεικτικών μέσων πρέπει να εξομοιωθεί και η πραγματική αδυναμία προσκόμισής τους για λόγους ανωτέρας βίας, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, οπότε και σε μια τέτοια περίπτωση επιτρέπεται η χρήση υπεύθυνης δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα για την απόδειξη της προσωπικής του κατάστασης (πρβ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ. – Επτ. 47/2017, σκ. ΙΙΙ, ΔΕΕ απόφαση της 7.7.2016, C 46/2015, σκ. 40-42). Επομένως, εφόσον ουδεμία εκ των προαναφερόμενων περιπτώσεων συντρέχει εν προκειμένω δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι νομίμως προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση της αναδόχου της ελεγχόμενης σύμβασης για την απόδειξη της προσωπικής κατάστασής της. Ωστόσο: α) εν όψει και της συνταγματικά επιβεβλημένης, βάσει της αρχής της αναλογικότητας, τήρησης μίας

δίκαιης ισορροπίας μεταξύ της πρακτικής αποτελεσματικότητας του κατ' άρθρο 98 παρ. 1 β' του Συντάγματος ελέγχου των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας και της διασφάλισης της κατ' άρθρο 45 του Συντάγματος της Χώρας, που υπηρετείται, πλην άλλων, και από την ελεγχόμενη σύμβαση, β) λαμβάνοντας τους επικαλούμενους επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, ήτοι το επείγον της προμήθειας, εκ του γεγονότος ότι η υλοποίησή της θα επιφέρει καθυστέρηση στην παραγωγή των φυσιγγίων που είναι απαραίτητα για τη διασφάλιση της επιχειρησιακής ετοιμότητας των, δεδομένης και της αυξανόμενης έντασης στην περιοχή, και γ) δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς να τίθεται συγκεκριμένη προθεσμία για την προσκόμιση των δικαιολογητικών από την πρόσκληση, και, ως εκ τούτου, με την εκ των υστέρων υποβολή των δικαιολογητικών στην προσφεύγουσα Α.Α. δεν πλήττονται οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων (πρβ. ΕλΣυν Τμ VI 77/2008, σκ. VIII, 1908/2013, σκ. X, 1928/2013), η εντοπισθείσα ανωτέρω πλημμέλεια δεν είναι διακωλυτική της υπογραφής της ελεγχόμενης σύμβασης, υπό τον όρο ότι πριν την υπογραφή της θα διενεργηθεί ο, παραλειφθείς κατά τα ανωτέρω, έλεγχος περί συνδρομής ή μη στο πρόσωπο της αναδόχου των προβλεπόμενων στο άρθρο 57 παρ. 1 του ν. 3978/2011 λόγων αποκλεισμού.

– Επί του 4^{ου} διακωλυτικού λόγου, σχετικά με την υποβολή για έλεγχο σχεδίου σύμβασης που δεν έχει συνταχθεί στην ελληνική γλώσσα.

24. Με την προσβαλλόμενη Πράξη το Κλιμάκιο δέχθηκε ότι η υποβολή για έλεγχο του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης, το οποίο έχει συνταχθεί μόνο στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύεται από επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα, υπονομεύει τον αποδεικτικά επαρκή έλεγχο του.

25. Με την κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα Α.Α. προβάλλοντας ότι θεώρησε ως δυνητική την υποχρέωσή της να καταθέσει το κείμενο της σύμβασης χωρίς επίσημη μετάφραση στην ελληνική γλώσσα, «προς συμμόρφωση και άρση της ανωτέρω πλημμέλειας» προσκομίζει το σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης μεταφρασμένο στην ελληνική γλώσσα από τον δικηγόρο ..., ο οποίος βεβαιώνει στη σφραγίδα του, ότι διαθέτει επαρκή γνώση της αγγλικής γλώσσας και επισυνάπτεται στο μεταφρασμένο κείμενο αντίγραφο του σχεδίου συμβάσεων στην αγγλική γλώσσα, για το οποίο ο άνω δικηγόρος βεβαιώνει ότι αποτελεί ακριβές αντίγραφο από το επιδειχθέν σε αυτόν πρωτότυπο.

26. Κατόπιν τούτου, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις των άρθρων 258 και 336 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν., σύμφωνα με τις οποίες «[τ]α έγγραφα που έχουν συνταχθεί σε ξένη γλώσσα υποβάλλονται μαζί με μετάφραση, η οποία πρέπει να είναι επικυρωμένη (...) από αρμόδιο κατά τον νόμο όργανο» και του άρθρου 36 παρ. 2δ του «Κώδικα Δικηγόρων» (ν. 4194/2013, Α' 207), σύμφωνα με τις οποίες «στο έργο του δικηγόρου περιλαμβάνονται : (...) δ) Η μετάφραση εγγράφων που έχουν συνταχθεί σε ξένη γλώσσα, καθώς και η μετάφραση ελληνικών εγγράφων σε οποιαδήποτε ξένη γλώσσα. Η μετάφραση έχει πλήρη ισχύ έναντι οποιασδήποτε δικαστικής ή άλλης αρχής, εφόσον συνοδεύεται από επικυρωμένο αντίγραφο του εγγράφου που μεταφράστηκε και ο δικηγόρος βεβαιώνει ότι έχει επαρκή γνώση της γλώσσας από και προς την οποία μετάφρασε.» (πρβ. ΣτΕ 92/2005, 156/2005), πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν συντρέχει πλέον η διαπιστωθείσα με την προσβαλλόμενη Πράξη ως άνω πλημμέλεια. Στο πλαίσιο αυτό, με βάση τη θεμελιώδη αρχή της ταχείας διεκπεραίωσης του προσυμβατικού ελέγχου και του ότι το Κλιμάκιο κατά τα λοιπά έχει ολοκληρώσει τον έλεγχό του, δοθέντος δε ότι επί την επισκόπηση του επίσημα μεταφρασμένου στην ελληνική γλώσσα κειμένου του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης προκύπτει ότι είναι σύμφωνο με την οικεία κατακυρωτική απόφαση (από 14.12.2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της προσφεύγουσας Α.Α.), το Δικαστήριο κρίνει ότι δε συντρέχει λόγος να παραπεμφθεί η ελεγχόμενη σύμβαση προς περαιτέρω κρίση στο Κλιμάκιο (πρβ. ΕλΣυν Ολ. 520/2022, σκ. 23).

27 Μετά από όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή να γίνει δεκτή, ανακαλουμένης αντίστοιχα της προσβαλλόμενης Πράξης, και η ελεγχόμενη σύμβαση να υπογραφεί, υπό τον όρο ότι πριν την υπογραφή της θα διενεργηθεί ο, παραλειφθείς κατά τα ανωτέρω, έλεγχος περί συνδρομής ή μη στο πρόσωπο της αναδόχου των προβλεπόμενων στο άρθρο 57 παρ. 1 του ν. 3978/2011 λόγων αποκλεισμού. Γενόμενης δεκτής της προσφυγής ανάκλησης, πρέπει να αποδοθεί στην προσφεύγουσα Α.Α. το παράβολο που κατέβαλε για την άσκησή της (άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν.).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή ανάκλησης.

Ανακαλεί την Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης, υπό τον όρο ότι πριν την υπογραφή της θα διενεργηθεί ο παραλειφθείς έλεγχος περί συνδρομής ή μη στο πρόσωπο του αναδόχου των προβλεπόμενων στο άρθρο 57 παρ. 1 του ν. 3978/2011 λόγων αποκλεισμού.

Διατάσσει την απόδοση του κατατεθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 31 Μαΐου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του Δικαστηρίου στις 7 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ