

**ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ**

**(11<sup>ο</sup> ΔΙΑΚΟΠΩΝ)**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 13 Σεπτεμβρίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Θεολογία Γναρδέλλη και Κωνσταντίνος Κρέπης, Σύμβουλοι, Εριέττα Πίσχου και Ευθύμιος Καρβέλης, Πάρεδροι που μετέχουν με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε η Επιτροπεύουσα Πάρεδρος του Ελεγκτικού Συνεδρίου Χαρίκλεια Ζάχου, κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, δικαστική υπάλληλος, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 19.8.2022 (ΑΒΔ .....)  
προσφυγή του Υπουργού .....  
Γενικής Γραμματείας ..... του Υπουργείου .....  
....., που εδρεύουν στο .....  
οι οποίοι παραστάθηκαν διά της Νομικής Συμβούλου του Κράτους Αναστασίας Ζαφειριάδου.

Το Δημόσιο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

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

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε :

Τη δικαστική πληρεξούσια του Υπουργείου .....  
....., η οποία, αφού αναφέρθηκε στο δικόγραφο της προσφυγής ανάκλησης, το περιεχόμενο του οποίου ανέπτυξε και προφορικά στο ακροατήριο, ζήτησε την παραδοχή της, καθώς και προθεσμία για να καταθέσει υπόμνημα, η οποία και της δόθηκε μέχρι την Τετάρτη 14 Σεπτεμβρίου 2022.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης. Και

Την Επιτροπεύουσα Πάρεδρο, η οποία πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη εξ αποστάσεως κατ' άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr., με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του και της Γραμματέως του.

Αφού άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Θεολογίας Γναρδέλλη

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την άσκηση της προσφυγής ανάκλησης του Υπουργού .....  
..... και της Γενικής Γραμματείας .....  
.....του Υπουργείου ..... δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (άρθρα 308 παρ. 3, 335 παρ. 1 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020).

2. Με την προσφυγή αυτή, όπως οι λόγοι της αναπτύσσονται με το από 14.9.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της ..... Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία αφενός κρίθηκε μη νόμιμη η σύναψη (υπογραφή) της μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου, διά του Γενικού Γραμματέα ..... του Υπουργείου .....  
....., και της ....., υπογεγραμμένης και πλήρως εκτελεσμένης, ..... σύμβασης, για την προμήθεια τριάντα πέντε εκατομμυρίων (35.000.000) ταχέων διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 τεστ με τη διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης) σε συσκευασίες των πέντε (5) τεμαχίων συμβατικού τιμήματος 32.550.000 χωρίς ΦΠΑ, και αφετέρου διατάχθηκε η κοινοποίησή της στη .η Υπηρεσία Επιτρόπου του .....  
..... του Ελεγκτικού Συνεδρίου, προκειμένου να ασκήσει τις κατά τον νόμο αρμοδιότητές της. Η ένδικη προσφυγή έχει ασκηθεί νομότυπα και εμπρόθεσμα και είναι τυπικά δεκτή, πρέπει δε να εξετασθεί περαιτέρω ως προς την ουσιαστική βασιμότητά της.

3. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), η υπεροχή του δικαίου αυτής έναντι των αντίθετων διατάξεων των εθνικών δικαίων συνιστά βασικό χαρακτηριστικό της έννομης τάξης της, θεμελιούμενη στη φύση και την αυτονομία της. Με βάση την αρχή της υπεροχής, το δίκαιο που παράγεται από

την Ένωση, εντός του πλαισίου των δοτών της αρμοδιοτήτων, έχοντας αυτοτελή προέλευση, διεκδικεί προτεραιότητα εφαρμογής (*primauté*) έναντι του εθνικού, εκτοπίζοντας το τελευταίο στο πεδίο των δοτών αρμοδιοτήτων της, όπου και όταν το εθνικό δεν είναι συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης, δηλαδή τόσο στην ενωσιακή έννομη τάξη όσο και στην εθνική όμοια (βλ. ΕλΣυν Ολ. 1386/2021, πρβλ. ΣτΕ 808/2006, 3312/1989, 3596/1985, 815/1984).

4. Στο άρθρο 288 ΣΛΕΕ ορίζεται : «Για την άσκηση των αρμοδιοτήτων της Ένωσης, τα θεσμικά όργανα θεσπίζουν κανονισμούς, οδηγίες, αποφάσεις, συστάσεις και γνώμες. ... Η οδηγία δεσμεύει κάθε κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται, όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών. ...». Η Οδηγία, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, αποτελεί νομοθετική πράξη, που θέτει στόχους και επιβάλλει στα κράτη μέλη την επίτευξή τους, εντός συγκεκριμένης προθεσμίας, καταλείποντας σε αυτά τα μέσα που θα χρησιμοποιήσουν. Κατ' αρχήν, τα αποτελέσματα μιας Οδηγίας επέρχονται στους ιδιώτες μέσω των μέτρων εφαρμογής που λαμβάνει το κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται (ΔΕΚ της 19.1.1982, 8/81, Ursula Becker, σκέψη 19). Το ΔΕΕ έχει επανειλημμένως κρίνει ότι η υποχρέωση, την οποία υπέχουν τα κράτη μέλη από μια Οδηγία προς επίτευξη του προβλεπόμενου από αυτήν αποτελέσματος, καθώς και το καθήκον τους να λάβουν όλα τα γενικά ή ειδικά μέτρα που είναι κατάλληλα να διασφαλίσουν την εκπλήρωση της ως άνω υποχρέωσης, επιβάλλονται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών, περιλαμβανομένων και των δικαιοδοτικών αρχών, εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων τους (βλ. ΔΕΚ της 10.4.1984, von Colson και Kamann, 14/83, σκέψη 26, ΔΕΕ 19.1.2010, Küçükdeveci, C 555/07, σκέψη 47, 19.4.2016, DI, C 441/14, σκέψη 30). Ως εκ τούτου, κατά την εφαρμογή του εθνικού - εσωτερικού δικαίου, τα εθνικά δικαστήρια, τα οποία καλούνται να το ερμηνεύσουν, οφείλουν να λάβουν υπόψη όλους τους κανόνες του και να εφαρμόσουν τις αναγνωριζόμενες από αυτό μεθόδους ερμηνείας, προκειμένου να το ερμηνεύσουν, στο μέτρο του δυνατού, σύμφωνα με το γράμμα και με τον σκοπό της εφαρμοστέας Οδηγίας, ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που η ίδια ορίζει, συμμορφούμενα έτσι προς το άρθρο 288, τρίτο εδάφιο, ΣΛΕΕ (βλ. μεταξύ άλλων, ΔΕΚ της 5.10.2004, Pfeiffer κ.λπ., C-397/01 έως C 403/01, σκέψεις 113 και 114, ΔΕΕ της 19.1.2010, Küçükdeveci, C 555/07, σκέψη 48, καθώς και της 19.4.2016, DI, C 441/14, σκέψη 31). Ωστόσο, η Οδηγία είναι δυνατό να παράγει άμεσο αποτέλεσμα σε περίπτωση μη

μεταφοράς ή ατελούς μεταφοράς της στο εσωτερικό δίκαιο του κράτους μέλους, υπό την προϋπόθεση ότι οι διατάξεις της Οδηγίας είναι απαλλαγμένες από αιρέσεις και αρκούντως σαφείς (ΔΕΚ της 4.12.1974, 41/74, Van Duyn, σκέψεις 11 επ., 5.4.1979, 148/78 Ratti, σκέψη 20, 25.7.2008, C-237/07, Dieter Janecsek, σκέψεις 34-36, ΔΕΕ 24.1.2012, Dominguez, C-282/10, σκέψη 33). Πάντως, χάριν σεβασμού και της αρχής της επικουρικότητας, το ζήτημα της παραγωγής άμεσου αποτελέσματος μιας Οδηγίας εγείρεται μόνο στην περίπτωση που δεν είναι δυνατή καμία σύμφωνη προς την Οδηγία και το δίκαιο της Ένωσης, εν γένει, ερμηνεία του εθνικού δικαίου, το οποίο εκτιμάται σε ποιο μέτρο μπορεί να τύχει τέτοιας εφαρμογής, στο σύνολό του, έτσι ώστε η ερμηνεία και εφαρμογή του να μην καταλήγει σε αποτέλεσμα αντίθετο προς το σκοπούμενο από την Οδηγία (ΔΕΚ της 5.10.2004, Pfeiffer κ.λπ., C-397/01, σκέψη 115, ΔΕΕ 24.1.2012, C-282/10 Dominguez κλπ, σκέψη 23, 10.10.2013, Spedition Welter, C 306/12, σκέψη 28, 7.8.2018, C-122/17 Smith κλπ, σκέψη 41).

5. Με την Οδηγία 2014/24 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26.2.2014 (EL L 94/15 28.3.2014), ρυθμίστηκε το πλαίσιο σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, προκειμένου να διασφαλίζεται, ιδίως, ότι η ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς των κρατών μελών είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και, ιδίως, την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Επίσης, λαμβάνεται μέριμνα για τον συντονισμό των εθνικών διαδικασιών ανάθεσης, ούτως ώστε να διασφαλίζεται ότι οι εν λόγω αρχές εφαρμόζονται στην πράξη και ότι οι διαδικασίες ανάθεσης είναι ανοιχτές στον ανταγωνισμό (αιτιολογική σκέψη 1).

6. Περαιτέρω, από τις αιτιολογικές σκέψεις 1, 46, 50 και 80 και από τις διατάξεις των άρθρων 26, 27, 28, 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς των κρατών μελών υποχρεούνται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προμηθειών κατόπιν προσφυγής, κατά κανόνα, στην ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία (άρθρα 27 και 28). Μόνο κατ' εξαίρεση, στις ρητά προβλεπόμενες στη διάταξη του άρθρου 32 περιπτώσεις, δύνανται τα κράτη

μέλη να προβλέπουν ότι επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγματεύσεως χωρίς δημοσίευση διακήρυξης, διότι αυτή συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού (βλ. ΔΕΕ της 7.9.2016, Finn Fiogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beratkabskommunikation, C-549/14, της 15.9.2014, Ministerio dell Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, της 23.4.2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, και την στις αποφάσεις αυτές παρατιθέμενη νομολογία).

7. Μεταξύ των περιπτώσεων αυτών είναι και η θεσπιζόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 της Οδηγίας, η οποία επιτρέπει την προσφυγή σε αυτή την εξαιρετική διαδικασία, προκειμένου να αντιμετωπιστεί κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, τα οποία δεν απορρέουν από τη δική της ευθύνη και δεν επιτρέπουν την προσφυγή στις κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση (πρβλ. ΔΕΚ της 2.8.1992, C-107/92, της 18.5.1995, C 57/1994, της 28.3.1996, C 318/94, της 2.6.2005, C 394/2002, ΔΕΕ της 27.10.2011, C 601/10).

8. Με τον ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147/8.8.2016) μεταφέρθηκαν οι διατάξεις της ως άνω Οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη. Ειδικά, με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 γ του ανωτέρω νόμου, μεταφέρθηκε η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 γ της Οδηγίας.

9. Με τον ν. 4662/2020 (Α' 27) «Εθνικός Μηχανισμός Διαχείρισης Κρίσεων και Αντιμετώπισης Κινδύνων, αναδιάρθρωση της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας, αναβάθμιση συστήματος εθελοντισμού πολιτικής προστασίας, αναδιοργάνωση του Πυροσβεστικού και άλλες διατάξεις», θεσπίστηκαν οι απαραίτητες διατάξεις για τη δημιουργία ενός ενιαίου εθνικού μηχανισμού ολιστικής, κάθετης διαχείρισης κινδύνων και απειλών, που να καλύπτει τη διαχείριση έκτακτων αναγκών, από φυσικές καταστροφές και λοιπά αίτια, από τη φάση της πρόληψης έως και τη φάση της αποκατάστασης. Ειδικότερα, στην παρ. 3 του άρθρου 54, όπως αυτή τροποποιήθηκε με το άρθρο 97 παρ. 1 του ν. 4821/2021 (Α' 134), ορίζεται : «(...) 3. Εφόσον συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία επιβάλλει την άμεση λήψη και εφαρμογή μέτρων για θέματα εθνικής ασφάλειας, προστασίας της δημόσιας τάξης και ασφάλειας, της υγείας και της ζωής των πολιτών, της περιουσίας

τους και της προστασίας του φυσικού πλούτου της Χώρας, και μόνο στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο για την αντιμετώπιση της ανάγκης αυτής, η Γενική Γραμματεία Πολιτικής Προστασίας δύναται να συνάπτει νέες συμβάσεις (...) προμηθειών κατά την απόλυτη κρίση της και προς άμεση αντιμετώπιση της ανάγκης αυτής κατά παρέκκλιση, κάθε πρόβλεψης του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως εκάστοτε ισχύει, και κάθε σχετικής διάταξης της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων». Στην αιτιολογική έκθεση επί της παραγράφου 3 της ως άνω διάταξης αναφέρεται ότι «(...) σκοπείται η αντιμετώπιση φυσικών, τεχνολογικών καταστροφών και λοιπών απειλών, καθώς και η αποκατάσταση των πάσης φύσεως ζημιών, άμεσα, έγκαιρα και αποτελεσματικά με διαδικασίες που εγγυώνται την ασφάλεια και προστασία των πολιτών».

10. Το άρθρο 145 με τίτλο “Συμβάσεις προμήθειας αυτοδιαγνωστικών τεστ ταχείας ανίχνευσης αντιγόνου (self-test) του ιού SARS-COVID-19 της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας” του ν. 4831/2021 «Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (...) και άλλες διατάξεις» (Α' 170/23.9.2021), όπως το άρθρο αυτό συμπληρώθηκε με το άρθρο 72 του ν. 4886/2022 (Α' 12/24.1.2022) και η ισχύς του παρατάθηκε, δυνάμει του άρθρου 143 παρ. 3 του ν. 4876/2021 (Α' 251/23.12.2021), έως τις 31.3.2022, όριζε : «Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, η έλλειψη του οποίου βεβαιώνεται με απόφαση του Υπουργού Υγείας, και πάντως για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους τέσσερις (4) μήνες από την έναρξη ισχύος του παρόντος, η Γενική Γραμματεία Πολιτικής Προστασίας δύναται, κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς και των διατάξεων περί αρμοδιότητας και σκοπού του Ινστιτούτου Φαρμακευτικής Έρευνας και Τεχνολογίας Α.Ε. (Ι.Φ.Ε.Τ. Α.Ε.), να αναθέτει και να συνάπτει συμβάσεις προμήθειας αυτοδιαγνωστικών τεστ ταχείας ανίχνευσης αντιγόνου (self-test) του ιού SARS-COVID-19 και κάθε είδους παρεπόμενων υπηρεσιών σχετικών, ενδεικτικά, με την ασφαλή διάθεση, αποθήκευση, φύλαξη και μεταφορά αυτών από τρίτες εταιρίες. Η διαδικασία επιλογής του αναδόχου και η σύναψη των συμβάσεων του πρώτου εδαφίου γίνονται με διαπραγμάτευση της Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας με τρεις (3) τουλάχιστον δυνητικούς αναδόχους, με κάθε πρόσφορο μέσο, χωρίς την τήρηση απαιτήσεων δημοσιότητας, τηρουμένης της διαδικασίας της

περ. γ) της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (...) και με αποκλειστικό κριτήριο την πλέον συμφέρουσα, βάσει τιμής, προσφορά».

11. Εξάλλου, εξαιτίας της κρίσης που επέφερε στον τομέα της υγείας η νόσος COVID-19, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε την από 1.4.2020 (EL C 108 I/1) ανακοίνωσή της, αναφορικά με το πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις για την αντιμετώπιση της κατάστασης έκτακτης ανάγκης που σχετίζεται με την κρίση που επέφερε η ως άνω νόσος. Υπενθύμισε δε τις δυνατότητες που έχουν οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς για τη χρήση της εξαιρετικής διαδικασίας της προσφυγής σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την κάλυψη των αναγκών τους. Επεσήμανε δε ότι «ο αριθμός των ασθενών με COVID -19 που χρήζουν ιατρικής περίθαλψης αυξάνεται καθημερινά και στα περισσότερα κράτη μέλη, αναμένεται να αυξηθεί περαιτέρω έως ότου επέλθει η κορύφωση. Τα γεγονότα αυτά και ιδίως η ιδιαίτερη εξέλιξή τους, πρέπει να θεωρηθούν απρόβλεπτα για κάθε αναθέτουσα αρχή. Οι ιδιαίτερες ανάγκες (...) σε εξοπλισμό ατομικής προστασίας (...) δε θα μπορούσαν να έχουν προβλεφθεί και προγραμματιστεί εκ των προτέρων και ως εκ τούτου συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός για τις αναθέτουσες αρχές (...)».

12. Από τον συνδυασμό όλων των ανωτέρω και υπό το φως της Οδηγίας 2014/24, συνάγεται ότι, κατά την έννοια του άρθρου 145 του ν. 4831/2021 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, η, προσωρινά και κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, παροχή της δυνατότητας στον Γενικό .....  
..... να συνάπτει δημόσιες συμβάσεις για την προμήθεια self-test θεσπίστηκε, προκειμένου να επιτευχθεί σε επιτελικό κυβερνητικό επίπεδο ο συντονισμός της δράσης της Διοίκησης για την αποτελεσματικότερη αντιμετώπιση των κινδύνων και απειλών της ως άνω νόσου, προς αποφυγή του κατακερματισμού και της ασυντόνιστης δράσης των δημόσιων φορέων. Προκειμένου δε να αποφευχθεί η, κατά περίπτωση από κάθε δημόσιο φορέα, κρίση περί της συνδρομής ή μη των περιστάσεων που δικαιολογούν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ του ν. 4412/2016, αναγνωρίστηκε και νομοθετικά, σε συμφωνία και με την ανακοίνωση της Επιτροπής, ότι η νόσος covid-19 αποτελεί μια απρόβλεπτη περίπτωση, η οποία, υπό τη συνδρομή και τεκμηρίωση και των λοιπών προϋποθέσεων της ως άνω διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 γ του ν. 4412/2016, δικαιολογεί την κατ' εξαίρεση προσφυγή στην ανωτέρω διαδικασία. Ενόψει της στενής ερμηνείας που επιβάλλεται στην εν λόγω διάταξη, αλλά και της σύμφωνης με

την Οδηγία 2014/24 ερμηνείας της, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η, «κατά παρέκκλιση» των εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, πρόβλεψη του άρθρου 145 του ν.4831/2021 εισάγει γενική εξαίρεση των συμβάσεων, που συνάπτονται με αυτή τη διαδικασία, από το πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016. Αντιθέτως, η «παρέκκλιση» που θεσπίζεται έχει την έννοια ότι δεν εφαρμόζονται οι τακτικές διαδικασίες που προβλέπονται στον νόμο αυτό, αλλά η «εξαιρετική» διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016. Οι διατάξεις επομένως του ν. 4412/2016 εφαρμόζονται παράλληλα και συμπληρωματικά στη διαδικασία ανάθεσης που ρυθμίζει η ανωτέρω διάταξη.

13. Περαιτέρω, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να γνωστοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, μέσω προκήρυξης, αλλά με ευρεία διακριτική ευχέρεια μπορεί να διαπραγματευθεί με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της, συνιστά παρέκκλιση από τον κανόνα της διεξαγωγής διαγωνιστικής διαδικασίας και για τον λόγο αυτό λαμβάνει χώρα στις περιοριστικά προβλεπόμενες εξαιρετικές περιπτώσεις (*numerus clausus*) του άρθρου 32 παρ. 2 - 6 του ν. 4412/2016, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά (ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1308/2021, VI Τμ. 1361/2020, 1542/2019, Τμ. Μείζ. - Επτ. Σύνθ. 707/2013, ΔΕΚ της 2.10.2008, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας C-157/2006, σκέψη 23, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). (i) Ειδικότερα είναι νόμιμη η προσφυγή σε αυτή την εξαιρετική διαδικασία, μόνο στις περιπτώσεις που ανακύπτει κατεπείγουσα ανάγκη εξαιτίας απρόβλεπτων γεγονότων για την αναθέτουσα αρχή, η δε ανάγκη αυτή είναι τόσο επιτακτική, ώστε να καθιστά αδύνατη για την αντιμετώπισή της, τη τήρηση ακόμη και των σύντομων διαδικασιών της επισπευσμένης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, με προθεσμία 15 και 10 ημερών αντίστοιχα για την υποβολή των προσφορών (βλ. άρθρα 27 παρ. 3, 28 παρ. 9 και 29 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπου για λόγους επείγοντος καθορίζονται συντετημημένες προθεσμίες υποβολής προσφορών, αντί της τακτικής των 35 ημερών). Συνεπώς, όταν η αναθέτουσα αρχή επικαλείται κατεπείγουσα ανάγκη, η οικεία σύμβαση πρέπει να ανατίθεται χωρίς καθυστέρηση (ΔΕΕ της 20.6.2012, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/2012, σκέψεις 50-52, Επιτροπή κατά Ελλάδας, C-394/2002, σκέψη 44), καθόσον το επείγον δεν μπορεί να χρησιμοποιείται ως πρόσχημα προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία για την



ανάθεση συμβάσεων για τις οποίες απαιτείται περισσότερος χρόνος από αυτόν που θα χρειαζόταν αν είχε εφαρμοσθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, ακόμη και με σύντμηση προθεσμιών, διασφαλίζουσα σε μεγαλύτερο βαθμό την επίτευξη διαφάνειας (πρβλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Οδηγίες από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετικά με τη χρήση του πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις στην κατάσταση έκτακτης ανάγκης που σχετίζεται με την κρίση της νόσου COVID-19», 2020/C 108 1/01, σκέψη 2.3.2). Ειδικότερα, η ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης, εξαιτίας απρόβλεπτων γεγονότων, δεν παρέχει τη διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να επιλέξει μη διαγωνιστική διαδικασία άνευ άλλου τινός, αν δεν αποδείξει ότι, ενόψει αυτής, δεν μπορούσε να ακολουθήσει διαγωνιστικές διαδικασίες έστω με συντετμημένες προθεσμίες. Η αξιολόγηση δε της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να διενεργήσει διαδικασία με δημοσίευση (ανοικτή, κλειστή ή ανταγωνιστική) δεν γίνεται με αφηρημένη εκτίμηση του θεωρούμενου ως εύλογου χρονικού διαστήματος, ούτε σε σύγκριση με προηγούμενες διενεργηθείσες διαδικασίες με δημοσίευση της ίδιας αναθέτουσας αρχής, αλλά με σύγκριση της χρονικής ακολουθίας της συγκεκριμένης κάθε φορά διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, σε σχέση με τις ισχύουσες προθεσμίες των διαδικασιών με δημοσίευση, και ιδίως τη μικρότερη συντομευμένη από αυτές (πρβλ. ΔΕΕ C-275/08, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψεις 9 - 11 και 70 - 72, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 12 - 13 και σκέψεις 7, 8 και 13 προτάσεων Γεν. Εισαγγελέα, όπου η κατεπείγουσα ανάγκη εμφανίστηκε στις 10.6.1988 και οι εργασίες της σύμβασης ξεκίνησαν στις 21.9.1988, ενώ απορρίφθηκε ο ισχυρισμός της Ιταλικής Κυβέρνησης ότι, εντός του ανωτέρω τρίμηνου διαστήματος, δεν μπορούσε να ολοκληρωθεί η, τότε ισχύουσα, κλειστή συντομευμένη διαδικασία ανάθεσης με δημοσίευση 22 ημερών.

(ii) Ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή ούτε ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της και συνδέονται αιτιωδώς με την κατεπείγουσα κατάσταση, προς αποτροπή της οποίας η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στην κατάρτιση της σύμβασης με την εξαιρετική αυτή διαδικασία. (iii) Απαραίτητη προϋπόθεση επίσης για την επιλογή αυτής της εξαιρετικής διαδικασίας συνιστά το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης να είναι κατ' αρχήν πρόσφορο για την αντιμετώπιση της κατεπείγουσας ανάγκης, να περιορίζεται δηλαδή στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο για την αντιμετώπισή της και να μην αφορά στην κάλυψη των τακτικών (πάγιων) αναγκών της αναθέτουσας αρχής

(ΕλΣυν Ολ. 182/2022, σκέψη 7, VI Τμ. 1361/2020, σκέψη 4). Και. (iv) Το βάρος απόδειξης ότι συντρέχουν οι σωρευτικώς τασσόμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ του ν. 4412/2016 φέρει η αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται να αιτιολογεί πάντοτε επαρκώς και ειδικώς την επιλογή προσφυγής σε αυτήν (ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1166/2021, VI Τμ. 1361/2020, ΕλΣυν Τμ. Μείζ. - Επτ. Σύνθ. 703/2013, ΔΕΚ της 28.3.1996, Επιτροπή κατά Γερμανίας, C-318/1994, σκέψη 14 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και οφείλει να επιδεικνύει τη δέουσα επιμέλεια κατά την εκτίμηση του αν κάθε ειδικότερη απρόβλεπτη περίπτωση έλκει σε εφαρμογή τη διάταξη αυτή (ΕλΣυν Ολ. 182, 1306/2022).

14. Με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 , που εντάσσονται στην Ενότητα 4 “Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής” του Τμήματος ΙΙΙ του Τίτλου 3 του Μέρους Α΄ του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού, ενσωματώθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο οι διατάξεις του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέποντας τους λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να διαφυλάσσεται το δημόσιο συμφέρον και να διασφαλίζεται ο ανόθευτος και θεμιτός ανταγωνισμός μεταξύ των οικονομικών φορέων, καθώς και η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας. Ειδικότερα, το άρθρο 73 “Λόγοι αποκλεισμού” καθιερώνει ένα σύστημα κανόνων που διακρίνει μεταξύ υποχρεωτικών και δυνητικών (προαιρετικών) λόγων αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016. Οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους η αναθέτουσα αρχή οφείλει να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, εμπεριέχονται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και σχετίζονται με την εντιμότητα του υποψήφιου οικονομικού φορέα (αιτιολογική σκέψη 100 Οδηγίας). Περαιτέρω, αξιοποιώντας τη σχετική διακριτική ευχέρεια που δίδεται από τον ενωσιακό νομοθέτη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να παρεκκλίνει από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος καθιστούν αναγκαία την ανάθεση της σύμβασης, ή για λόγους που επιβάλλονται από την αρχή της αναλογικότητας. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, για επιτακτικούς λόγους δημοσίου

συμφέροντος, όπως για λόγους δημόσιας υγείας (βλ. και αιτιολογική σκέψη 100 Οδηγίας). Η παρέκκλιση αυτή είναι δυνατόν να ενεργοποιηθεί σε εξαιρετικές περιπτώσεις, κατά τις οποίες, από τη στάθμιση μεταξύ των λόγων δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετούνται με τη θέσπιση των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του δημοσίου συμφέροντος που επιτάσσει την άμεση ανάθεση της σύμβασης, επικρατεί το τελευταίο, ενόψει του επιτακτικού του χαρακτήρα. Η παρέκκλιση αυτή πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, δηλαδή, πρέπει να είναι κατάλληλη, πρόσφορη, αναγκαία και ανάλογη με τον επιδιωκόμενο σκοπό και να μην χρησιμοποιείται με τρόπο αντίθετο προς την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Για τον λόγο αυτό, πρέπει να δικαιολογείται βάσει επαρκώς τεκμηριωμένων δεδομένων, με την επίκληση συγκεκριμένων, ανά περίπτωση, επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος που την επιβάλλουν.

15. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής :

15.1. Με το οικ. .... έγγραφο του Γενικού Γραμματέα ..... προς τον Υπουργό ..... ενημερώθηκε ο τελευταίος ότι, μεταξύ άλλων, δεν επαρκούν τα σχετικά αποθέματα, προκειμένου να διατεθούν μετά τον μήνα ..... του έτους 2021 δωρεάν δύο (2) φορές εβδομαδιαίως από τα φαρμακεία της Χώρας ταχεία διαγνωστικά του κορωνοϊού SARS-CoV-2 (ασθένειας COVID-19) τεστ με τη διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης) στους κάτω των δώδεκα (12) ετών μαθητές/τριες όλων των σχολικών μονάδων Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης της Χώρας που δεν έχουν ιστορικό νόσησης από τον ανωτέρω κορωνοϊό εντός του τελευταίου εξαμήνου, καθώς και στους άνω των δώδεκα (12) ετών μαθητές/τριες των ίδιων σχολικών μονάδων που δεν επιδεικνύουν πιστοποιητικό/βεβαίωση εμβολιασμού ή νόσησης κατά το τελευταίο εξάμηνο, στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 3 παρ. 2 της Δ1α/Γ.Π.οικ. 55254/9.9.2021 κοινής απόφασης (ΚΥΑ) των Υπουργών Οικονομικών, Ανάπτυξης και Επενδύσεων, Παιδείας και Θρησκευμάτων, Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων, Εσωτερικών, Μετανάστευσης και Ασύλου, Υποδομών και Μεταφορών και Επικρατείας “Λειτουργία των εκπαιδευτικών μονάδων Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης (...) κατά την έναρξη του σχολικού έτους 2021-2022 και μέτρα για την αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19 κατά τη λειτουργία τους” (Β’

4187/10.9.2021), όπως ίσχυε κατά την ανωτέρω ημερομηνία (.....), και, επομένως, απαιτείται η προμήθεια 35.000.000 τέτοιων τεστ έως τα τέλη ..... του 2021.

15.2. Ήδη, ταυτόχρονα, με το ..... έγγραφο της Γενικής Γραμματείας Πρωτοβάθμιας, Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ειδικής Αγωγής υπεβλήθη προς τον ..... ο αναλυτικός αριθμός των self-test που απαιτείται ανά μήνα για τους μαθητές – μαθήτριες Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης, σε πίνακα «excel», στον οποίο παρουσιάζονταν αναλυτικά τα τρέχοντα δεδομένα για τους εμβολιασμένους εκπαιδευτικούς, τους εμβολιασμένους και ανεμβολίαστους μαθητές, τους νοσούντες, καθώς και το πλήθος των απαιτούντων self-test ανά εβδομάδα και ανά μήνα για το προσεχές χρονικό διάστημα.

15.3. Με τη ..... απόφαση της Γενικής Γραμματείας του Υπουργείου ..... αποφασίστηκε η προσφυγή, κατ' εφαρμογή του άρθρου 145 του ν. 4831/2021 και κατ' επίκληση της απρόβλεπτης και κατεπείγουσας ανάγκης αντιμετώπισης του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια τριάντα πέντε εκατομμυρίων (35.000.000) ταχέων διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 τεστ με τη διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης) σε συσκευασίες των πέντε (5) τεμαχίων, παραδοτέων μέχρι την .....2021. Η δε προϋπολογιζόμενη δαπάνη της προμήθειας ορίστηκε σε 50.750.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (35.000.000 τεμάχια σε συσκευασίες των 5 τεμαχίων X 7,25 ευρώ ανά συσκευασία, άρθρο 2 της πρόσκλησης). Ορίστηκε, ακόμη, ότι οι προσφορές υποβάλλονται υποχρεωτικώς για τη συνολική ποσότητα των προς προμήθεια τεστ (35.000.000 τεμάχια), ότι αυτές μπορούν να αφορούν αποκλειστικώς σε συσκευασίες των πέντε (5) τεμαχίων (άρθρο 5 της πρόσκλησης), ότι κριτήριο ανάθεσης της προμήθειας είναι η πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει μόνο της τιμής (χαμηλότερη τιμή, άρθρο 1 της πρόσκλησης), ότι η προθεσμία υποβολής προσφορών λήγει στις .....2021 και ώρα 13:00 (άρθρο 9 της πρόσκλησης) και ότι από τα προς προμήθεια τεστ πρέπει να έχουν παραδοθεί από τον ανάδοχο της σχετικής σύμβασης στις εγκαταστάσεις του του Διεθνούς Αερολιμένα Αθηνών 10.000.000 τεμάχια έως ....., 10.000.000 τεμάχια έως ..... και τα υπόλοιπα 15.000.000 τεμάχια

έως ..... (άρθρο 4 της πρόσκλησης). Στην πρόσκληση δεν περιλαμβανόταν υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής ή κατακύρωσης, ούτε απαίτηση υποβολής των αναφερόμενων μέσων απόδειξης της μη συνδρομής, στο πρόσωπο των συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης, των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού τους από τη διαδικασία που προβλέπονται στα άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 του ν. 4412/2016.

15.4. Η ως άνω απόφαση αποτέλεσε παράλληλα και την πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, που εστάλη στις ..... με σχετικό μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σε πέντε (5) συγκεκριμένους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς – κατασκευαστές των ως άνω τεστ. Οι οικονομικοί αυτοί φορείς ήταν η ..... που εδρεύει στην ....., η .....  
....., που εδρεύει στην ....., η .....  
....., που εδρεύει στην ....., η ....., που εδρεύει στην .....  
....., καθώς και η ....., που εδρεύει στην .....  
Μέχρι την ανωτέρω ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία και ώρα (13:00 της .....), υπέβαλαν προσφορές μόνο οι τρεις (3) από τους πέντε (5) προαναφερόμενους προσκληθέντες οικονομικούς φορείς, και, ειδικότερα, η .....  
..... και η .....  
.....

15.5. Με τη ..... απόφαση του Γενικού Γραμματέα .....  
..... α) απορρίφθηκε η προσφορά της ....., με τη νόμιμη, μεταξύ άλλων, αιτιολογία ότι, κατά παράβαση του αντίστοιχου προαναφερόμενου όρου της πρόσκλησης, αυτή υπέβαλε προσφορά για ποσότητα 10.000.000 τεμαχίων τεστ, β) κρίθηκαν παραδεκτές οι τεχνικές και οι οικονομικές προσφορές των ..... και .....  
και γ) ανακηρύχθηκε μειοδότη η ....., που προσέφερε τιμή 4,65 ευρώ χωρίς ΦΠΑ ανά συσκευασία των πέντε (5) τεμαχίων τεστ (0,93 ευρώ ανά τεστ) και συνολική τιμή 32.550.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Στην εταιρεία δε αυτή κατακυρώθηκε οριστικώς η προμήθεια, σύμφωνα με την ανωτέρω προσφορά της.

15.6. Ακολούθως, συνήφθη (υπεγράφη), μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου, διά του ....., και της ανωτέρω οριστικής αναδόχου εταιρείας, και η σχετική ήδη υποβληθείσα για έλεγχο ..... σύμβαση ποσού 32.550.000 χωρίς ΦΠΑ, η

οποία έχει εκτελεστεί πλήρως [βλ. τα από ..... και ..... πρωτόκολλα οριστικής ποσοτικής παραλαβής και τα από ..... και ..... πρωτόκολλα οριστικής ποιοτικής παραλαβής του συνόλου των προς προμήθεια αυτοδιαγνωστικών τεστ (35.000.000 τεμάχια) και αφετέρου τα ....., ..... χρηματικά εντάλματα πληρωμής προκαταβολών και του συνόλου του ανωτέρω τιμήματος της σύμβασης στην ανωτέρω ανάδοχο εταιρεία].

16. Με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι είναι μη νόμιμη η ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης στην ΕΕΕΕ, για δύο ουσιώδεις λόγους, και διατάχθηκε η κοινοποίηση της Πράξης στη <sup>1</sup> Υπηρεσία Επιτρόπου του ..... του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

17.1. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο έγινε δεκτό ότι η ανάγκη δεν ήταν κατεπείγουσα, διότι η προμήθεια των ανωτέρω 35.000.000 τεστ το αργότερο έως τα τέλη ..... 2021, ώστε να καταστεί εφικτή η υποχρεωτική εκ του άρθρου 3 παρ. 2 της Δ1α/Γ.Π.οικ. 55254/9.9.2021 ΚΥΑ δωρεάν διάθεσή τους μετά τον μήνα ..... του 2021, δύο (2) φορές εβδομαδιαίως, από τα φαρμακεία της Χώρας στους μαθητές/τριες όλων των σχολικών μονάδων, ήταν αντικειμενικώς απαραίτητη για τα τέλη ..... 2021 (βλ. το από ..... σχετικό έγγραφο του Γενικού Γραμματέα του Υπουργείου Υγείας), ανεξαρτήτως των συντομότερων επιμέρους προθεσμιών παράδοσής τους (10.000.000 τεμάχια έως ..... και 10.000.000 τεμάχια έως .....), που ο Γενικός Γραμματέας ..... έθεσε στην ανωτέρω απόφαση – πρόσκλησή του, χωρίς να προκύπτει ότι αυτές ήταν απαραίτητο να τεθούν. Επομένως, ήταν εφικτή ήδη από τις ..... η προκήρυξη από τον ..... ανοικτού διαγωνισμού ανάθεσης της προμήθειας των ανωτέρω τεστ, κατόπιν τήρησης της προβλεπόμενης στο άρθρο 27 παρ. 3 του ν. 4412/2016 συντεταγμένης προθεσμίας υποβολής προσφορών, που είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ. Τούτο, δεδομένης και της προβλεπόμενης στο άρθρο 100 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως αυτό έχει τροποποιηθεί από 1.6.2021 με το άρθρο 40 του ν. 4782/2021 (βλ. και άρθρο 142 παρ. 3 του ίδιου νόμου), δυνατότητας της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής (.....) να ολοκληρώσει τη διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και των οικονομικών

προσφορών των οικονομικών φορέων, που θα συμμετείχαν στον οικείο ανοικτό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης (κατακύρωσης) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), καθώς και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του οικείου προσωρινού αναδόχου, με την έκδοση μίας και μόνο (ενιαίας) απόφασης οριστικής κατακύρωσης της σχετικής προμήθειας (σύμβασης).

17.2. Με τον κύριο λόγο της προσφυγής της, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η αντιμετώπιση της ανωτέρω κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης έως τα τέλη ....., κατά το από ..... αίτημα του Υπουργείου Υγείας, ήταν αδύνατον να ικανοποιηθεί με την τήρηση των ελάχιστων προθεσμιών διενέργειας σχετικής ανοικτής ή κλειστής (τακτικής) διαδικασίας ανάθεσης, αφού, ακόμη και με την τήρηση συντετμημένων προθεσμιών, η υπογραφή της σύμβασης, εφόσον προέκυπτε υποψήφιος ανάδοχος με παραδεκτή προσφορά, θα ελάμβανε χώρα μόλις στις ....., με αποτέλεσμα να είναι πρακτικά αδύνατη η παραγωγή, μεταφορά και διανομή, στα φαρμακεία της επικράτειας, της ποσότητας των 35.000.000 τεστ εντός 28 ημερών, αφού οι προσκληθείσες κατασκευάστριες εταιρείες χρειάζονταν 4 ημέρες για να λάβουν τη σχετική προκαταβολή από την ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης, άλλες 8 έως 18 ημέρες για την παραγωγή 5.000.000 έως 8.000.000 τεμαχίων προς προμήθεια τεστ και άλλες 15 έως 20 ημέρες για τον προγραμματισμό των κρατήσεων πτήσεων charter για τη μεταφορά της συνολικής ποσότητας των προς προμήθεια τεστ (35.000.000 τεμαχίων) στην Ελλάδα, ενώ απαιτούνται και 1 έως 5 ημέρες για τον εκτελωνισμό και τη διανομή από τον Διεθνή Αερολιμένα Αθηνών στα φαρμακεία της Χώρας.

17.3. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω (σκέψεις 3 έως και 13), το Τμήμα κρίνει ότι ο κύριος λόγος της προσφεύγουσας αναθέτουσας αρχής, σχετικά με την πρώτη διαπιστωθείσα με την προσβαλλόμενη Πράξη πλημμέλεια, πρέπει να γίνει δεκτός, καθ' όσον αιτιολογείται και, επομένως, είναι νόμιμη η ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Τούτο, διότι, προκειμένου να καταστεί εφικτή η υποχρεωτική, εκ του άρθρου 3 παρ. 2 της Δ1α/Γ.Π.οικ. 55254/9.9.2021 ΚΥΑ, δωρεάν διάθεση δύο (2) φορές εβδομαδιαίως, από τα φαρμακεία της Χώρας, ταχέων διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 (ασθένειας COVID-19) τεστ με τη διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-

αυτοδιάγνωσης) στους κάτω των δώδεκα (12) ετών μαθητές/τριες όλων των σχολικών μονάδων Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης της Χώρας που δεν έχουν ιστορικό νόσησης από τον ανωτέρω κορωνοϊό εντός του τελευταίου εξαμήνου, καθώς και στους άνω των δώδεκα (12) ετών μαθητές/τριες των ίδιων σχολικών μονάδων που δεν επιδεικνύουν πιστοποιητικό/βεβαίωση εμβολιασμού ή νόσησης κατά το τελευταίο εξάμηνο, συνέτρεχε η αδιαμφισβήτητα κατεπείγουσα ανάγκη της προμήθειας των 35.000.000 ταχέων διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 τεστ με τη διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης) μέχρι τα τέλη του ..... του 2021, προς αντιμετώπιση της πανδημίας του κορωνοϊού SARS-CoV-2, η οποία (ανάγκη) διαπιστώθηκε επισήμως και κοινοποιήθηκε μόλις στις ....., με το οικ. .... έγγραφο του Γενικού Γραμματέα..... του Υπουργείου....., στην αναθέτουσα αρχή .....) και επομένως ήταν αδύνατο να προβλεφθεί από αυτήν νωρίτερα (βλ. σχετικώς και το προαναφερθέν, στη σκέψη ..... έγγραφο της Γενικής Γραμματείας Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης και Ειδικής αγωγής). Η αντιμετώπιση δε της ανωτέρω κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης ήταν αδύνατον να ικανοποιηθεί με την τήρηση των ελάχιστων προθεσμιών διενέργειας σχετικής ανοικτής ή κλειστής (τακτικής) διαδικασίας ανάθεσης (15 ημέρες από την αποστολή της σχετικής προκήρυξης για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, σύμφωνα με τα άρθρα 27 και 28 του ν. 4412/2016, και 10 ημέρες για την οριστικοποίηση της κατακύρωσης, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016), καθώςσον, ενόψει της επιτακτικότητας της προμήθειας για την αντιμετώπιση του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού, σε συνδυασμό με το μέγεθος της προμήθειας αυτής, θα τίθετο σε σοβαρή διακινδύνευση η εκτέλεση του συνόλου της σύμβασης εντός του ιδιαίτερα πιεστικού και αναγκαστικού χρονοδιαγράμματος, που τέθηκε με το ως άνω από ..... έγγραφο του Γενικού Γραμματέα..... του Υπουργείου ..... (παράδοση του συνόλου των 35.000.000 τεμαχίων έως τα τέλη ..... του 2021). Εξάλλου, η προβλεπόμενη στο άρθρο 121 του ν. 4412/2016 δυνατότητα σύντμησης προθεσμιών αφορά μόνον στις προθεσμίες για την υποβολή προσφορών, χωρίς πάντως να διασφαλίζει την οικονομία και της λοιπής διαδικασίας που απαιτείται για την ολοκλήρωση ενός ανοικτού διαγωνισμού (πρβλ. ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1308/2021).

18.1. Με τον έτερο λόγο περί μη νομιμότητας της ως άνω σύμβασης έγινε δεκτό ότι οι παρεκκλίσεις που θεσπίζουν τα άρθρα 145 του ν. 4831/2021 και 54 παρ. 3 του ν. 4662/2020 δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής στις οριζόμενες με τα άρθρα



73 παρ. 1 και 2, 74 και 80 παρ. 2 του ν.4412/2016 απαιτήσεις, διότι τα τελευταία άρθρα ενσωματώνουν στο εθνικό δίκαιο, αντιστοίχως, τα άρθρα 57 και 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και επομένως παρίστατο υποχρεωτική η πρόβλεψη στα έγγραφα της σύμβασης των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων (άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 του ν.4412/2016), καθώς και των αντίστοιχων μέσων απόδειξης (άρθρα 80 παρ. 2 και 74 παρ. 4 του ν. 4412/2016). Σε κάθε δε περίπτωση στην ως άνω πρόσκληση δεν αναφερόταν οποιοσδήποτε επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος, όπως λόγος προστασίας της υγείας, που να δικαιολογούσε την παρέκκλιση ειδικώς από τους ανωτέρω υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού. Η ανωτέρω δε διαπιστωθείσα πλημμέλεια κρίθηκε ουσιώδης, καθόσον η ανάδοχος δεν είχε αποδείξει, κατόπιν υποβολής των προαναφερόμενων αντίστοιχων μέσων απόδειξης, ότι κατά τον χρόνο υποβολής της ανωτέρω προσφοράς της και κατακύρωσης σ' αυτή της ελεγχόμενης σύμβασης (.....2021): α) ο Διευθύνων σύμβουλος και τα μέλη του ΔΣ της, αν είναι ΑΕ, ή οι διαχειριστές της, αν είναι ΕΠΕ, ΙΚΕ , ΟΕ ή ΕΕ, ή οι νόμιμοι εκπρόσωποί της, αν είναι άλλης μορφής (αλλοδαπό) νομικό πρόσωπο, δεν είχαν καταδικαστεί αμετακλήτως για τα προαναφερόμενα αδικήματα, β) δεν είχε αθετήσει τις φορολογικές και κοινωνικοασφαλιστικές της υποχρεώσεις με βάση διαπίστωση τελεσίδικης και δεσμευτικής δικαστικής ή διοικητικής απόφασης, γ) δεν είχε αθετήσει γενικώς τις φορολογικές και κοινωνικοασφαλιστικές της υποχρεώσεις και δ) δεν της είχε επιβληθεί η κύρωση του αποκλεισμού από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κατ' άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

18.2. Επί του ως άνω λόγου η προσφεύγουσα αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, μετά την ενσωμάτωση στο εθνικό δίκαιο, με τον ν. 4412/2016, των άρθρων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι σχετικές διατάξεις έχουν πλέον καταστεί εθνικές, με συνέπεια να ισχύουν οι παρεκκλίσεις που θέσπισε ο νομοθέτης με τις ειδικότερες και νεότερες διατάξεις των άρθρων 145 του ν. 4831/2021 και 54 παρ. 3 του ν. 4662/2020. Σε κάθε περίπτωση, οι παρεκκλίσεις που θεσπίστηκαν με την ελεγχόμενη ειδική διαδικασία διαπραγμάτευσης οφείλονται προδήλως σε επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος και δη σε λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας στο πλαίσιο της κρίσης που επέφερε η νόσος COVID-19 και, ως εκ τούτου, καταλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 73 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016. Τέλος επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι πρόκειται να προσκομίσει, κατά την ακροαματική

διαδικασία, όλα τα προβλεπόμενα από τις διατάξεις των άρθρων 80 παρ. 2 και 74 παρ. 4 του ν.4412/2016 δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν για την ανάδοχο εταιρεία οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016.

18.3. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στις νομικές σκέψεις (12 και 14) που προηγήθηκαν, το Τμήμα κρίνει ότι, κατά τα νομίμως γενόμενα δεκτά με την προσβαλλόμενη Πράξη, οι εξαιρετικές διατάξεις των άρθρων 54 παρ. 3 του ν. 4662/2020 και 145 του ν. 4831/2021 πρέπει να ερμηνεύονται στενά και υπό το πρίσμα των κανόνων του ενωσιακού δικαίου για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, οι δε διατάξεις του ν. 4412/2016, κατά το μέρος με το οποίο ενσωματώνονται διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για τις οποίες δεν επιτρέπεται παρέκκλιση από τον εθνικό νομοθέτη, όπως προαναφέρθηκε (σκέψη 12 της παρούσας), εφαρμόζονται παράλληλα και συμπληρωματικά στη διαδικασία ανάθεσης που ρυθμίζει η διάταξη του άρθρου 145 του ν. 4831/2021. Επομένως, κατά το μέρος που με την ..... πρόσκληση δεν προβλέφθηκαν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού των συμμετεχόντων σ' αυτή υποψήφιων αναδόχων, κατ' άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 του ν. 4412/2016, καθώς και η υποβολή των προβλεπόμενων στα άρθρα 80 παρ. 2 και 74 παρ. 4 του ν. 4412/2016 δικαιολογητικών, η ανωτέρω πρόσκληση αντίκειται στις ως άνω διατάξεις, οι οποίες ενσωματώνουν ρυθμίσεις ενωσιακής προέλευσης και, ως τέτοιες, κατισχύουν των αντιθέτου περιεχομένου κανόνων της εσωτερικής έννομης τάξης. Επίσης, ήταν υποχρεωτική η πρόβλεψη, ως υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων, της επιβολής σε βάρος τους, κατ' άρθρο 74 του ν. 4412/2016, αποκλεισμού από τη συμμετοχή τους σε διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, εξαιτίας συνδρομής στο πρόσωπό τους λόγων αποκλεισμού των παρ. 1 και 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, που θέτουν σε αμφιβολία την αξιοπιστία και την ακεραιότητά τους, εφόσον αυτοί δεν έχουν λάβει μέτρα για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, καθώς και του προβλεπόμενου στο άρθρο 74 παρ. 4 του ν. 4412/2016 αντίστοιχου μέσου απόδειξης της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό τους (υπεύθυνη δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος τους της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, που πρέπει να έχει εκδοθεί μετά την πρόσκληση για την υποβολή της). Εξάλλου, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι προβλέφθηκε στα έγγραφα της διαδικασίας

η, κατ' άρθρο 73 παρ. 3 περ. α του ν. 4412/2016, παρέκκλιση για ρητώς επικαλούμενο και ειδικώς αιτιολογημένο επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι η προστασία της δημόσιας υγείας. Η δε χρήση της ως άνω ευχέρειας έπρεπε υποχρεωτικά να αιτιολογείται ειδικά, να αναφέρεται δε ειδικότερα στην πρόσκληση, προκειμένου αφενός, κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας και της σαφήνειας, ως ειδικότερων εκφάνσεων της αρχής της ίσης μεταχείρισης, να καθίσταται γνωστό στους προσκαλούμενους οικονομικούς φορείς το καθεστώς της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό και αφετέρου να καθίσταται εφικτός ο δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας μιας τέτοιας απόφασης, ιδίως ως προς την τεκμηρίωση και απόδειξη των γεγονότων στα οποία στηρίχθηκε και την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας (σύμφωνα με όσα μνημονεύονται ανωτέρω, σκέψη 14 της παρούσας). Ενόψει, όμως, αφενός των δεδομένων της συγκεκριμένης υπόθεσης, και ιδίως του γεγονότος ότι δεν διαπιστώθηκε παραβίαση της ίσης μεταχείρισης των προσκεκλημένων στον διαγωνισμό ως προς τη συγκεκριμένη πλημμέλεια, της αναμφισβήτητης επιτακτικότητας και του εξαιρετικά επείγοντος της εκτέλεσης της προμήθειας των αυτοδιαγνωστικών τεστ, η οποία, λόγω του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού, δεν επιδεχόταν οποιαδήποτε καθυστέρηση, του μικρού αριθμού (μόλις 7) των γνωστών, με βάση το τηρούμενο από τον ΕΟΦ μητρώο, πιστοποιημένων προμηθευτών – κατασκευαστών αυτοδιαγνωστικών τεστ, και αφετέρου του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα αναθέτουσα αρχή προσκόμισε ενώπιον του Τμήματος τα, ήδη υποβληθέντα από την ανάδοχο εταιρεία και εγκριθέντα από την αναθέτουσα αρχή, προβλεπόμενα στα άρθρα 80 παρ. 2 και 74 παρ. 4 του ν. 4412/2016 δικαιολογητικά περί μη συνδρομής στο πρόσωπο της αναδόχου εταιρείας των υποχρεωτικών, κατ' άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 του ν. 4412/2016, λόγων αποκλεισμού της, το Τμήμα κρίνει ότι η πλημμέλεια της μη υποβολής τους κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και κατακύρωσης στην ανάδοχο εταιρεία της ελεγχόμενης σύμβασης (.....) κρίνεται ως μη ουσιώδης.

19. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και δεδομένου ότι δεν αναδείχθηκε από το Κλιμάκιο άλλος λόγος μη νομιμότητας της ελεγχόμενης, ήδη υπογεγραμμένης και πλήρως εκτελεσμένης, σύμβασης, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη, λόγω νομιμότητας της, μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου, διά του Γενικού Γραμματέα ..... του Υπουργείου ....., και της εταιρείας .....

....., υπογεγραμμένης και πλήρως εκτελεσμένης .....  
σύμβασης, για την προμήθεια τριάντα πέντε εκατομμυρίων (35.000.000) ταχέων  
διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 τεστ με τη διαδικασία του self-testing  
(αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την από 19.8.2022 (ΑΒΔ ..... ) προσφυγή του Υπουργού  
..... και της Γενικής Γραμματείας  
.....του Υπουργείου .....  
.....

Ανακαλεί την ..... Πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου  
Αποφαίνεται ότι είναι νόμιμη η σύναψη (υπογραφή) της μεταξύ του  
Ελληνικού Δημοσίου, διά του Γενικού Γραμματέα .....του  
Υπουργείου ....., και της εταιρείας  
..... υπογεγραμμένης και πλήρως εκτελεσμένης  
..... σύμβασης, για την προμήθεια τριάντα πέντε εκατομμυρίων  
(35.000.000) ταχέων διαγνωστικών του κορωνοϊού SARS-CoV-2 τεστ με τη  
διαδικασία του self-testing (αυτοελέγχου-αυτοδιάγνωσης).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 29 Σεπτεμβρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ  
ΘΕΟΛΟΓΙΑ ΓΝΑΡΔΕΛΛΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση του Εβδόμου Τμήματος στο  
ακροατήριο του Δικαστηρίου την 18η Οκτωβρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ