

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 7 Δεκεμβρίου 2021, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα και Ευαγγελία Σεραφή, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ευπραξία Δημολιού (εισηγήτρια), Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παρέστη ο Αντεπίτροπος Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου Ιωάννης Κάρκαλης σε αναπλήρωση του κωλυομένου Επιτρόπου της Επικρατείας Αντωνίου Νικητάκη, που αναπληρώνει νόμιμα τον ελλειπόντα Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την κατατεθείσα στις 09.11.2021 και καταχωρηθείσα στο Βιβλίο Δικογράφων με αριθμό «αίτηση»:

Του Ν.Π.Δ.Δ.-Ο.Τ.Α. β' βαθμού, με την επωνυμία «Περιφέρεια», νομίμως εκπροσωπούμενου, με Α.Φ.Μ., που εδρεύει στην και παρέστη δια της πληρεξουσίας δικηγόρου του Όλγας Σαββίδου (Α.Μ/Δ.Σ.Πειραιώς 2721).

Για την ανάκληση της Πράξης της Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Υπηρεσία

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών ο οποίος παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουτσουμπάρδη.

Υπέρ της προσφεύγουσας Περιφέρειας και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», με Α.Φ.Μ., που εδρεύει στον και εκπροσωπείται νομίμως, η οποία παρέστη δια του πληρεξουσίου δικηγόρου της Αναστασίου – Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 24563).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

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

Την δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου που δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

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

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη, που διενεργήθηκε μέσω της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα :

1. Με την υπό κρίση «αίτηση ανακλήσεως», η οποία, κατ'ορθό νομικό χαρακτηρισμό αυτής συνιστά προσφυγή ανάκλησης του άρθρου 328 του ν. 4700/2020 (Α' 127), για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (άρθρο 308 παρ. 3 του ως άνω ν. 4700/2020, ζητείται η ανάκληση της Πράξης της Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Υπηρεσία
....., με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Περιφέρειας (Π....) και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής), με αντικείμενο την «Προμήθεια και μεταφορά 6.500 τόνων αντιπαγετικού άλατος για τις ανάγκες αποχιονισμού δρόμων σε τμήματα του δικτύου της Περιφέρειας στις παράπλευρες οδούς του αυτοκινητόδρομου εντός των διοικητικών ορίων της Περιφέρειας και σε συμβαλλόμενες οδούς αυτών για τα έτη 2021-2023», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 422.500,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%.

2. Η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και νομοτύπως, συνεπώς είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξετασθεί κατ'ουσία. Περαιτέρω, παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, ως αντισυμβαλλόμενη ανάδοχος, παρεμβαίνει, υπέρ της προσφεύγουσας Π... και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης, η εταιρεία με το από 18.11.2021 δικόγραφο.

3. Η επιληφθείσα του προσυμβατικού ελέγχου Επίτροπος έκρινε με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της σύμβασης για τους ακόλουθους λόγους: i) Η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Ο.Ε.) της Π... με την οποία εγκρίθηκε η δημοπράτηση της ελεγχόμενης προμήθειας με τη συντετμημένη προθεσμία υποβολής προσφορών του άρθρου 27 παρ. 3 του ν. 4412/16, λόγω επείγουσας κατάστασης, παρίσταται πλημμελώς αιτιολογημένη, διότι η εμφάνιση έντονων χιονοπτώσεων κατά τους χειμερινούς μήνες, ως συνέπεια της κλιματικής αλλαγής, δεν μπορεί να θεωρηθεί κατάσταση άγνωστη προς την αναθέτουσα Αρχή που να αιτιολογεί τον χαρακτηρισμό της διαδικασίας ανάθεσης ως επείγουσας. Αντιθέτως, το περιορισμένο χρονικό περιθώριο για την έγκαιρη προμήθεια του άλατος μέχρι την έλευση του χειμώνα οφείλεται σε έλλειψη επίδειξης από πλευράς της, της δέουσας επιμέλειας για τον προγραμματισμό αυτής. ii) Συνεπεία των ανωτέρω, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης βάσει των διατάξεων της περ. α' της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, λόγω προηγηθείσας άγονης ανοικτής διαδικασίας, καθίσταται επίσης μη νόμιμη, καθόσον δεν συντρέχει η μια εκ των δύο προϋποθέσεων εφαρμογής της εν λόγω διάταξης, που είναι η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία. iii) Κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. γ' περ. δδ' του ν. 4013/2011 η αναθέτουσα παρέλειψε να ζητήσει τη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) για την προσφυγή στη διαπραγμάτευση, επικαλούμενη την ύπαρξη ανωτέρας βίας λόγω επικείμενων έντονων χιονοπτώσεων οφειλόμενων στην κλιματική αλλαγή, εφόσον ο επείγων χαρακτήρας της προμήθειας δεν οφείλεται σε κάποιο απρόβλεπτο και ασυνήθιστο γεγονός ανωτέρας βίας. iv) Το υποβληθέν σχέδιο πρέπει να διορθωθεί και να συμπληρωθεί. Ειδικότερα πρέπει: α) να διορθωθεί η αξία (αριθμητικώς και ολογράφως) της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης στο ορθό ποσό των 16.614,00 ευρώ (σελ. 2), β) να διορθωθεί το ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος από το λανθασμένο 13% στο ορθό 4% (σελ. 4), γ) να διορθωθεί η αρίθμηση της τρίτης παραγράφου του άρθρου 8, από το λανθασμένο 10.3. στο ορθό 8.3., δ) να διαγραφεί το άρθρο 9, με τίτλο «Υπεργολαβία», καθόσον δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση, και να γίνει επαναρίθμηση των επόμενων άρθρων, ε) να προσδιοριστεί με ακρίβεια ο συντελεστής προσαύξησης προσδιορισμού της έμμεσης ζημίας που προκαλείται στη αναθέτουσα Αρχή από την έκπτωση του αναδόχου (άρθρο 10. παρ. 10.3.) και να τεθεί το σύμβολο της αφαίρεσης (-) μεταξύ του ΤΚΤ

και του ΤΚΕ στον τύπο υπολογισμού του διαφέροντος [$\Delta = (\text{TKT} - \text{TKE}) \times \Pi$] και στ) να διορθωθεί στην παρ. 15.3. το άρθρο της διακήρυξης από το λανθασμένο 5.4. στο ορθό 5.3.»

4. Σε ό,τι αφορά τις δύο πρώτες αναδειχθείσες πλημμέλειες, ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) προβλέπει στο άρθρο 27 αυτού, με τον τίτλο «Ανοικτή διαδικασία (άρθρο 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ότι «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημέρα αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 (...). 2. Στις περιπτώσεις όπου οι αναθέτουσες αρχές έχουν δημοσιεύσει προκαταρκτική προκήρυξη που δεν χρησιμοποιήθηκε η ίδια ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, η ελάχιστη προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών, όπως ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1, μπορεί να περιορίζεται σε 15 ημέρες εφόσον πληρούνται όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η προκαταρκτική προκήρυξη περιελάμβανε όλες τις πληροφορίες που οφείλει να περιλαμβάνει η προκήρυξη σύμβασης, σύμφωνα με το Μέρος Β' Τμήμα Ι του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' εφόσον οι πληροφορίες αυτές ήταν διαθέσιμες κατά τη στιγμή της δημοσίευσης της προκαταρκτικής προκήρυξης, β) η προκαταρκτική προκήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση εντός διαστήματος 35 ημερών έως 12 μηνών πριν από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. 3. Σε περίπτωση που επείγουσα κατάσταση δεόντως τεκμηριωμένη από την αναθέτουσα αρχή καθιστά αδύνατη τη τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας που προβλέπεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ελάχιστη προθεσμία που δεν είναι μικρότερη των 15 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε μέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37». Περαιτέρω, στο άρθρο 60 του ίδιου νόμου, με τον τίτλο «Καθορισμός προθεσμιών (άρθρο 47 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», προβλέπεται ότι «1. Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη την πολυπλοκότητα της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται

για την προετοιμασία των προσφορών, υπό την επιφύλαξη των ελάχιστων προθεσμιών που καθορίζονται στα άρθρα 27 έως 31».

5. Από τις ως άνω διατάξεις του ν. 4412/2016 και από τις σχετικές αιτιολογικές σκέψεις της μεταφερόμενης με αυτές οδηγίας 2014/24ΕΕ συνάγεται ότι στις ανοικτές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, η ορθή τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας, στις οποίες συγκαταλέγεται και η αποστολή περίληψης της προκήρυξης προς ηλεκτρονική δημοσίευση στο «Συμπλήρωμα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης» (TED), αποσκοπεί στην ανάπτυξη επαρκούς και υγιούς ανταγωνισμού, με την εξασφάλιση της δυνατότητας των δυνάμει προσφερόντων από άλλα κράτη μέλη να υποβάλλουν εγκαίρως την προσφορά τους, υπό συνθήκες παρεμφερείς προς αυτές των ημεδαπών ενδιαφερομένων. Με στόχο την προσαρμογή των ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών στις ταχείες τεχνικές και οικονομικές εξελίξεις (βλ. αιτιολογικές σκ. 80 και 120 της ανωτέρω οδηγίας), η προθεσμία υποβολής των προσφορών ορίζεται πλέον σε 35 ημέρες, με αφετηρία την ημερομηνία αποστολής της περίληψης της προκήρυξης προς δημοσίευση κατά τα ανωτέρω. Η προθεσμία αυτή συντέμνεται σε 30 ημέρες όταν ο διαγωνισμός διενεργείται με χρήση ηλεκτρονικών μέσων και δύναται να συντμηθεί περαιτέρω σε 15 ημέρες όταν έχει αποσταλεί προς δημοσίευση νόμιμη κατά περιεχόμενο προκαταρκτική προκήρυξη, εντός διαστήματος 35 ημερών έως 12 μηνών πριν από την ημερομηνία αποστολής προς δημοσίευση της προκήρυξης της σύμβασης. Κατ' εξαίρεση, σε περίπτωση επείγουσας ανάγκης δεόντως αιτιολογημένης προβλέπεται, στην παρ. 3 του άρθρου 27 του ιδίου νόμου, η δυνατότητα χρήσης επισπευσμένης ανοικτής διαδικασίας με σύντμηση της προθεσμίας υποβολής των προσφορών σε 15 ημέρες από την αποστολή της προκήρυξης προς δημοσίευση. Τούτο δε, προκειμένου να αντιμετωπισθούν βραχυπρόθεσμες ή μεσοπρόθεσμες ανάγκες, η ικανοποίηση των οποίων παρακωλύεται από την τήρηση των κατ' αρχήν ελάχιστων προθεσμιών της ανοικτής διαδικασίας, ενώ παραμένει εφικτή μέσω ανάθεσης με τη εσπευσμένη ανοικτή διαδικασία. Δεδομένου ότι η ευχέρεια χρήσης της εξασφαλίζει μόνο τον άκρως αναγκαίο χρόνο στους οικονομικούς φορείς άλλων κρατών μελών της Ένωσης να καταρτίσουν την προσφορά τους, η προσφυγή σε αυτή πρέπει να γίνεται με φειδώ, μόνο όταν αξιολογείται και αιτιολογείται ως αναγκαία ενόψει των περιστάσεων. Άλλως, η χρήση της καθιστά μη νόμιμη την ανοικτή διαδικασία ανάθεσης. Η

επείγουσα κατάσταση που καθιστά αναγκαία την προσφυγή στην εσπευσμένη διαδικασία και τα επιστηρίζοντα αυτή γεγονότα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια, να στοιχειοθετούνται και να αιτιολογούνται ειδικώς από την αναθέτουσα Αρχή στη σχετική απόφασή της. Η αιτιολογία δύναται να συμπληρωθεί από τα λοιπά έγγραφα της διαδικασίας, όχι όμως να αναπληρωθεί εξ ολοκλήρου από αυτά. Κατά τον προσυμβατικό έλεγχο που ασκεί το Ελεγκτικό Συνέδριο ελέγχεται αυτεπαγγέλτως εάν η αναθέτουσα προέβη στην επιλογή της εσπευσμένης ανοικτής διαδικασίας με αιτιολογία νομικώς υποστηρίξιμη, που δεν πάσχει από ουσιώδη πλημμέλεια ως προς την ερμηνεία της εφαρμοσθείσας διάταξης, τη διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών και τον νομικό τους χαρακτηρισμό.

6. Ο ν. 4412/2016 ορίζει περαιτέρω στο άρθρο 26, με τον τίτλο «Επιλογή των διαδικασιών (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν: α) στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα (...). 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» και, στο άρθρο 32, ότι «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων (...) σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της.(...)».

7. Κατά την έννοια των ανωτέρων διατάξεων, η προσφυγή στη διαδικασία ανάθεσης με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, η οποία εισάγει εξαίρεση από τις βασικές αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού, επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στο νόμο. Τέτοια περίπτωση συνιστά η προδιαληφθείσα διάταξη του άρθρου 32 παρ.

2 περ. α του ν. 4412/2016, επί τη βάσει της οποίας οι αναθέτουσες Αρχές δύνανται να προσφύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση κατόπιν προηγηθείσας άγονης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας ανάθεσης. Όπως προκύπτει από τη διατύπωσή της, η εφαρμογή της διάταξης προϋποθέτει: α) να έχει προηγηθεί νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατ'αυτή καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής, ή καμία από τις υποβληθείσες να μην κρίνεται κατάλληλη, γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης, σε περίπτωση δε σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να διαβιβάσει προς αυτή σχετική έκθεση.

8. Περαιτέρω, ο ν. 4013/2011 «Σύσταση ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (...)» (Α' 204) ορίζει στο άρθρο 1 ότι «Συνιστάται Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (...)» και στο άρθρο 2, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 2 περ. α του άρθρου 21 του ν. 4441/2016 (Α' 227), ότι «1. (...) 2. Η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) (...) δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με (...) τα άρθρα 32 (...) του ν. 4412/2016 (Α' 147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι αποφάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, οι οποίες ενσωματώθηκαν στη ελληνική έννομη τάξη με τον ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) εργάσιμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής».

9. Ως προς την υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να αιτηθεί την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατά το άρθρο 1 παρ. 2. περ. δδ' του ν. 4013/2011, προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατ'εφαρμογή της προαναφερθείσας διάταξης του άρθρου

32 παρ. 2 περ. α. του ν. 4412/2016, συνάγονται κατά πλειοψηφία τα εξής: Η γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προβλέπεται μεν από το νόμο και όχι από το Σύνταγμα, ανταποκρίνεται όμως, όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4013/2011, σε δεσμεύσεις της χώρας που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο. Ειδικότερος σκοπός της θέσπισης της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 2. περ. δδ' του ν. 4013/2011 είναι η διαπίστωση σε πρώιμο διοικητικό στάδιο τυχόν ουσιωδών πλημμελειών που συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, το οποίο ενεργοποιεί τη δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να προσφύγει σε διαπραγμάτευση. Η γνωμοδότηση αυτή, η οποία προβλέπεται ως υποχρεωτική από το νόμο, συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας και προκαλείται, κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999, Α' 45), με ερώτημα του οργάνου της αναθέτουσας Αρχής που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα έγκρισης της διαδικασίας ανάθεσης, πριν από την έκδοση της σχετικής απόφασής του, επί ποινή ακυρότητας αυτής αν παραλείπει να ζητήσει την απαιτούμενη γνώμη. Ως εκ του ουσιώδους χαρακτήρα του εν λόγω τύπου, αλλά και λόγω της ουσιαστικής επιρροής που δύναται να ασκήσει η γνωμοδότηση αυτή της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για την προσφυγή σε διαπραγμάτευση στην ενδεχόμενη επίκαιρη εναρμόνιση αυτής προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και, συνακόλουθα, στην προστασία της διαφάνειας, του δημοσίου συμφέροντος και των δικαιωμάτων των δυνάμει προσφερόντων, η υποβολή του σχετικού ερωτήματος προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την νόμιμη προσφυγή στην διαπραγμάτευση και η τήρηση της διαδικασίας αυτής διαπιστώνεται κατά τον προσυμβατικό έλεγχο που ασκεί το Ελεγκτικό Συνέδριο το οποίο όμως, ως προς το ουσιαστικό περιεχόμενο αυτής δύναται να κρίνει διαφορετικά και κατά συνέπεια, η μη τήρησή αυτής συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της σχετικής διαδικασίας, κωλύουσα την υπογραφή του σχετικού σχεδίου σύμβασης ενώπιόν του (πρβλ γνώμη της μειοψηφίας στην ΕλΣυν αποφ. Τμ Μείζ. - Επτ. Σύνθ. 506/2014 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

10. Κατά τη συμβουλευτική όμως γνώμη της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού, η ανεξάρτητη γνωμοδότηση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ είναι σημαντική μεν για την αποτροπή, σε έναν πρώιμο στάδιο, της προσφυγής των αναθετουσών αρχών σε μη νόμιμες επικείμενες διαδικασίες διαπραγμάτευσης και δεν πρέπει να παραμελείται ενδοδιοικητικά η λήψη της. Πλην όμως, η αντιμετώπιση της παράλειψης λήψης αυτής

ως ουσιώδους πλημμέλειας απομειώνει τον δικαιολογητικό λόγο ύπαρξης, το εύρος και τις εγγυήσεις του προσυμβατικού ελέγχου, που ασκεί, κατά το άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του Συντάγματος και τους εκτελεστικούς αυτού νόμους, το Ελεγκτικό Συνέδριο, ως ανώτατο δημοσιονομικό δικαστήριο, επί της σύνολης διαδικασίας της διαπραγμάτευσης που υποβάλλεται ενώπιον του. Τούτο διότι με την άνευ ετέρου αναγωγή της μη λήψης της γνωμοδότησης της ΕΑΑΔΗΣΥ σε ουσιώδη πλημμέλεια της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου οδηγείται αναγκαία στη διατύπωση αρνητικής κρίσης ως προς την υπογραφή του οικείου σχεδίου σύμβασης, τυχόν δε άλλες πλημμέλειες της διαδικασίας διαπραγμάτευσης αναδεικνύονται αλυσιτελώς. Προς αποφυγή της δημιουργούμενης θεσμικής ανισορροπίας πρέπει να γίνει δεκτό ότι, από τη στιγμή που το σύνολο της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης άγεται προσυμβατικώς ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δεν νοείται αρνητική κρίση αυτού λόγω παράλειψης λήψης σύμφωνης γνώμης ανεξάρτητου γνωμοδοτικού οργάνου, η οποία αφορά μόνο στην απόφαση προσφυγής στη διαδικασία αυτή. Η ορθότητα της ερμηνείας που ακολούθησε το έχον αποφασιστική αρμοδιότητα όργανο της αναθέτουσας Αρχής θα επικυρωθεί ή θα ανατραπεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο, οπότε η έλλειψη παροχής προηγούμενης γνωμοδότησης της Ε.Α.Α.Δ.Η.Σ.Υ. δεν μπορεί να ασκήσει επιρροή. Τέλος, δέον να συνεκτιμηθεί ότι η αναγωγή της μη λήψης της γνωμοδότησης της ΕΑΑΔΗΣΥ σε ουσιώδη πλημμέλεια από το Ελεγκτικό Συνέδριο επιμηκύνει τον χρόνο σύναψης συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, διότι επιφέρει την εκ νέου δημοπράτηση με τήρηση του παραλειφθέντος τύπου (πρβλ. ΕλΣυν αποφ. Τμ. Μείζ. - Επτ. Σύνθ. 2229/2016, 6024/2015, 506/2014, VI Τμ. 1990/2017, 1889/2016, 2121/2015, πρβλ. ΣτΕ 3376/2017).

11. Στην περίπτωση που η διαπραγμάτευση μετά από άγονο διαγωνισμό συναρτάται με την ανάγκη άμεσης και επείγουσας αντιμετώπισης αναγκών ανακυπτουσών αιτιωδώς από φυσικές καταστροφές μεγάλης έντασης, οι συνέπειες των οποίων προδήλως δεν θα μπορούσαν να αποφευχθούν με την επίδειξη της δέουσας επιμέλειας της αναθέτουσας Αρχής, τότε οι περιπτώσεις αυτές, εξεταζόμενες κατά περίπτωση, συνιστούν, λόγω του αναπότρεπτου, εξωτερικού και αντικειμενικού χαρακτήρα τους και λόγους ανωτέρας βίας, κατά την έννοια του προπαρατεθέντος άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ) υποπερ. δδ) του ν. 4031/2011. Συνεπώς, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης μετά από άγονο διαγωνισμό εξαιρείται, στις

περιπτώσεις αυτές, από την υποχρέωση λήψης σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ (πρβλ. Γνώμη Δ107/2018 της ΕΑΑΔΗΣΥ και τις εκεί παραπομπές). Δεν δύνανται ωστόσο, να αναχθούν στη έννοια της ανωτέρας βίας και να δικαιολογήσουν τη μη λήψη της ανωτέρω γνωμοδότησης ακραία φυσικά φαινόμενα που δεν έχουν ακόμη εκδηλωθεί αλλά πιθανολογούνται ως δυνάμενα να επισυμβούν ως συνέπεια της κλιματικής αλλαγής-κρίσης που έχει επέλθει σε πλανητικό επίπεδο. Τούτο, αφ' ενός διότι απουσιάζει το ενεστώς, ακραίο, πραγματικό γεγονός, δια του οποίου διέρχεται κατ'ανάγκη η έννοια της ανωτέρας βίας και, αφ'ετέρου, διότι η ανωτέρω πιθανολόγηση επιβάλλει τη βελτίωση της ετοιμότητας και της ικανότητας αντιμετώπισης των αναμενόμενων επιπτώσεων της κλιματικής αλλαγής - κρίσης μέσω έγκαιρου προγραμματισμού και στο περιφερειακό επίπεδο. Συνεπώς, η πιθανολόγηση εκδήλωσης τέτοιων φαινομένων δεν αρκεί για να δικαιολογήσει την εκ των προτέρων προσφυγή της αναθέτουσας Περιφερειακής Αρχής σε διαπραγμάτευση για την αντιμετώπιση των χειμερινών χιονοπτώσεων, κατ'εξάιρεση της τήρησης του κατά τα ανωτέρω θεσπισθέντος τύπου.

12. Από την προσβαλλόμενη πράξη και από την ενώπιον του Δικαστηρίου σχηματισθείσα δικογραφία προκύπτουν όσα εκτίθενται κατωτέρω στις σκέψεις 13 έως 16.

13. Με την (ΑΔΑ:.....) απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων εγκρίθηκε η Συλλογική Απόφαση των Έργων της Π... που εντάσσονται στη ΣΑΕΠ ... του ΠΔΕ 2021. Μεταξύ αυτών συμπεριλαμβανόταν και το έργο με κωδικό 2....., με τίτλο «Εκτέλεση εργασιών αποχιονισμού στις παράπλευρες οδούς του αυτοκινητόδρομου, σε συμβάλλουσες οδούς αυτών και σε τμήματα του δικτύου της Περιφέρειας». Το έργο είχε ολικό προϋπολογισμό 10.000.000,00 ευρώ, με πληρωμές μέχρι τις 31.12.2020 ύψους 2.000.000,00 ευρώ και με υπόλοιπο, μετά την ημερομηνία αυτή, 3.500.000,00 ευρώ. Το αντικείμενο του έργου, το οποίο είχε προγραμματιστεί, εγκριθεί και εκτελεστεί και κατά την προηγούμενη διπλή περίοδο αποχιονισμού 2019 – 2021 ήταν, σύμφωνα με το σχετικό Τεχνικό Δελτίο, ενιαίο καλύπτοντας τόσο τις υπηρεσίες αποχιονισμού του προσδιορισθέντος οδικού δικτύου όσο και την προμήθεια αντιπαγετικού άλατος (βλ. σχετικά ΕλΣυν Ζ' Κλιμ. Πρ. 718,761/2019).

14. Λαμβάνοντας υπόψη τις αυξημένες ανάγκες αποχιονισμού, τις οποίες κλήθηκε να αντιμετωπίσει η Π... κατά την αμέσως προηγούμενη αποχιονοστική περίοδο, λόγω βαριάς χιονόπτωσης συνδεδεμένης με την κλιματική αλλαγή, το ανωτέρω έργο χωρίστηκε, κατόπιν σχετικής εντολής του Αντιπεριφερειάρχη Πολιτικής Προστασίας και επικαιροποίησης του αρχικώς υποβληθέντος Τεχνικού Δελτίου Έργου, σε δύο υποέργα. Το πρώτο, προϋπολογισμού 2.476.100,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), με τίτλο «Εκτέλεση εργασιών αποχιονισμού περιόδου 2021-2023 στις παράπλευρες οδούς του Αυτοκινητόδρομου (....) εντός των διοικητικών ορίων της Περιφέρειας και σε συμβάλλουσες οδούς αυτών για τα έτη 2021 – 2023», έχει ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών αποχιονισμού, αλατοδιανομής, απεγκλωβισμού οχημάτων, και άλλων δράσεων που κρίνονται απαραίτητες για την καλύτερη αντιμετώπιση τω προβλημάτων που προκύπτουν στα ορισθέντα οδικά τμήματα της Π..., κατά τις δύο αποχιονιστικές περιόδους 2021-2023, διάρκειας 120 ημερολογιακών ημερών η κάθε μία, ήτοι από τον Δεκέμβριο έως τον Μάρτιο. Το δεύτερο, προϋπολογισμού 523.900,00 ευρώ, (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), με τίτλο «Προμήθεια και μεταφορά 6.500 τόνων αντιπαγετικού άλατος για τις ανάγκες αποχιονισμού δρόμων σε τμήματα του δικτύου της Περιφέρειας, στις παράπλευρες οδούς του Αυτοκινητόδρομου εντός των διοικητικών ορίων της Περιφέρειας και σε συμβάλλουσες οδούς αυτών για τα έτη 2021-2023», έχει ως αντικείμενο την προμήθεια και μεταφορά της ως άνω ποσότητας αντιπαγετικού άλατος στις ίδιες περιοχές, κατά τις ίδιες δύο περιόδους.

15. Εν όψει τούτων, εγκρίθηκε, με την απόφαση του Περιφερειάρχη, η διάθεση πίστωσης ποσού 3.000.000,00 ευρώ, (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), σε βάρος των πιστώσεων του αρχικού ενιαίου έργου, κατανεμημένη στα δύο ανωτέρω υποέργα, σύμφωνα με την προϋπολογισθείσα δαπάνη τους. Το πρώτο υποέργο δημοπρατήθηκε με την διακήρυξη, με ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, χωρίς σύντμηση της προθεσμίας υποβολής προσφορών, με ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους την 18η.8.2021. Το δεύτερο, ελεγχόμενο υποέργο δημοπρατήθηκε με την διακήρυξη, ομοίως με ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων. Σε αυτή ορίστηκε ως καταληκτική

ημερομηνία υποβολής προσφορών η 31.08.2021, ήτοι προθεσμία συντεταγμένη, κατ'εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, σε δεκαπέντε ημέρες από την αποστολή προς δημοσίευση της περίληψης της διακήρυξης στον ενωσιακό τύπο (.....). Η σύντμηση αιτιολογείται στην, εγκριτική των τευχών δημοπράτησης απόφαση της Ο.Ε της Π., ως εξής: «Δεδομένης της κλιματικής αλλαγής, η οποία έχει ως αποτέλεσμα την πρόκληση ακραίων καιρικών φαινομένων (παρατεταμένους καύσωνες το καλοκαίρι αλλά και έντονες χιονοπτώσεις τον χειμώνα), υπάρχει επείγουσα ανάγκη η διαδικασία προμήθειας και παράδοσης του άλατος να έχει ολοκληρωθεί το συντομότερο δυνατό». Κατά της ανωτέρω διακήρυξης δεν υποβλήθηκαν προδικαστικές προσφυγές ούτε αιτήματα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. Η Επιτροπή Διαγωνισμού (Ε.Δ.) διαπίστωσε, με το από 06.09.2021 Πρακτικό της, ότι μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (31.8.2021) δεν είχε υποβληθεί καμία προσφορά και εισηγήθηκε να κηρυχθεί ο διαγωνισμός άγονος. Το Πρακτικό εγκρίθηκε ομόφωνα, με την απόφαση της Ο.Ε. της Π., με την οποία αποφασίστηκε περαιτέρω η «επαναδημοπράτηση με τους ίδιους όρους της ανωτέρω προμήθειας, με προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σύμφωνα με την περ. α της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για λόγους ανωτέρας βίας» και η «χορήγηση εξουσιοδότησης στη Δ/ση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών (Δ.Δ.Μ.Υ.) για τη συνέχιση της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης». Η εν λόγω απόφαση, όπως σημειώνεται στο προοίμιό της, ελήφθη κατόπιν σχετικής ενημέρωσης της Δ.Δ.Μ.Υ, στο παρατιθέμενο κείμενο της οποίας αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «(...). 4. Κατόπιν [κήρυξης του διαγωνισμού ως αγόνου λόγω μη υποβολής προσφοράς], ο διαγωνισμός θα πρέπει [είτε] να επαναδημοπρατηθεί με ανοιχτή διαδικασία τροποποιώντας όρους της διακήρυξης, είτε να προσφύγουμε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. α παρ. 2 του άρθρου 32 το ν. 4412/2016. 5. Για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και επειδή ο προϋπολογισμός της προμήθειας ανέρχεται στο ποσό των 422.500,00 ευρώ (πλέον ΦΠΑ) δηλαδή άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 που είναι 214.000,00 ευρώ, απαιτείται σύμφωνη γνώμη της Αρχής (ΕΑΔΔΗΣΥ), εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας (υποπερ.δδ της υποπαρ. γ της παρ. 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011), στην οποία κατατάσσεται η εν λόγω περίπτωση για τους κάτωθι λόγους:

* Η ανάγκη προμήθειας 6.500 τόνων αντιπαγετικού άλατος για τις ανάγκες αποχιονισμού δρόμων, είναι απολύτως απαραίτητη και κατεπείγουσα δεδομένης της κλιματικής αλλαγής, η οποία έχει ως αποτέλεσμα την πρόκληση ακραίων καιρικών φαινομένων, όπως έντονες χιονοπτώσεις το χειμώνα και * με διαφορετικό διαγωνισμό της Δ.Δ.Μ.Υ. για υπηρεσίες αποχιονισμού σε τμήματα του δικτύου της Περιφέρειας, μεταξύ άλλων υπηρεσιών περιλαμβάνονται και εργασίες αλατοδιανομής που θα προμηθευτεί από τον παρόντα διαγωνισμό προμήθειας. Στο διαγωνισμό αυτό έχει ήδη αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης και προχωρά η διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης, οπότε η παράδοση του άλατος πρέπει να έχει ολοκληρωθεί και αυτή το συντομότερο δυνατό».

16. Η εξουσιοδοτηθείσα κατά τα ανωτέρω Δ.Δ.Μ.Υ. προσκάλεσε με το/14.09.2021 έγγραφο της τρεις (3) οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά εντός τριών ημερών, ήτοι έως τις 17.09.2021, τηρώντας ως προς τα κριτήρια επιλογής, τους όρους του κεφ. 2.2 της διακήρυξης του προηγθέντος άγονου διαγωνισμού. Από το 1/20.09.2021 Πρακτικό της ορισθείσας Επιτροπής Διαπραγμάτευσης προκύπτει ότι οι τρεις προσκληθείσες εταιρείες
..... ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση, καταθέτοντας προσφορές ύψους 420.555,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), 417.300,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.) και 415.350,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), αντίστοιχα. Η Ο.Ε. της Π... ενέκρινε, με την απόφασή της, το ανωτέρω Πρακτικό, αναδεικνύοντας ως προσωρινή ανάδοχο την πρώτη μειοδότητρια εταιρεία, η προσφορά της οποίας, ποσού 415.350,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), αντιστοιχεί σε ποσοστό έκπτωσης 1,69%. Επακολούθησε η υποβολή από την προσωρινή ανάδοχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ο έλεγχός τους από την Επιτροπή Διαπραγμάτευσης. Με το Πρακτικό Π/6.10.2021 αυτής διαπιστώθηκε ότι, σε σχέση με τον όρο 3 του άρθρου 2.2.9.2.B.4. της διακήρυξης, ο οποίος απαιτεί την ύπαρξη ισχύουσας άδειας αποθήκευσης αλατιού εντός της Π..., η μειοδότητρια υπέβαλε: α) απόφαση έγκρισης περιβαλλοντικών όρων δραστηριότητας «Εγκατάσταση αποθήκευσης αλατιού», β) αλλαγή επωνυμίας του φορέα για την απόφαση υπό το στοιχείο α), και γ) αντίγραφο υποβληθείσας δήλωσης πληροφοριακών στοιχείων μίσθωσης ακίνητης περιουσίας, στην οποία δηλώνεται αποθήκη επιφάνειας 550,00 τ.μ. εντός αγροτεμαχίου/οικοπέδου 4.000,00 τ.μ.. Η Επιτροπή έκρινε ότι τα ανωτέρω στοιχεία

α) και β) δεν αποτελούν άδεια αποθήκευσης (ή γνωστοποίηση άδειας εγκατάστασης και λειτουργίας χώρου αποθήκευσης) για τη δηλωθείσα αποθήκη του στοιχείου γ). Επικαλούμενη, όμως, ότι αντιλαμβάνεται την επιτακτική ανάγκη ολοκλήρωσης της ανάθεσης της προμήθειας, εισηγήθηκε την κατακύρωση του αποτελέσματος της διαπραγμάτευσης στην εταιρεία, με την παρατήρηση «να έχει υποβληθεί η απαιτούμενη άδεια από την οικεία Δ/ση Ανάπτυξης της Περιφέρειας με την υπογραφή της σύμβασης». Η Ο.Ε. Π... ενέκρινε, κατά πλειοψηφία, το ανωτέρω Πρακτικό, με την απόφαση, με αιτιάσεις της μειοψηφίας ως προς τον χρόνο έγκρισης διεξαγωγής του διαγωνισμού εν μέσω θέρους, ελλειπόντων των μισών από τα τακτικά μέλη της Ο.Ε., και το αίτημα να ακυρωθεί η διαπραγμάτευση και να γίνει νέα δημοπράτηση.

17. Με την προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλεται ότι i) Η κρίση της προσβαλλόμενης ότι «η εμφάνιση έντονων χιονοπτώσεων κατά τους χειμερινούς μήνες, ως συνέπεια της κλιματικής αλλαγής δεν μπορεί να θεωρηθεί κατάσταση άγνωστη προς την αναθέτουσα Αρχή που αιτιολογεί τον χαρακτηρισμό της διαδικασίας ανάθεσης ως επείγουσας», συγχέει τις τιθέμενες από το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ) του ν. 4412/2016 προϋποθέσεις για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, με τις προϋποθέσεις του άρθρου 27 παρ. 3 του ίδιου νόμου για τη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού με τη συντετμημένη 15ήμερη προθεσμία υποβολής προσφορών σε περίπτωση επείγουσας κατάστασης δεόντως τεκμηριωμένης. ii) Από το χρονοδιάγραμμα των ενεργειών της αναθέτουσας προκύπτει ότι αυτή ενήργησε τάχιστα από τις 9.8.2021 που εκδόθηκε η απόφαση έγκρισης της οικείας πίστωσης, εξαντλώντας κάθε δυνατότητα διενέργειας ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, έστω με τη συντετμημένη προθεσμία του άρθρου 27 παρ. 3 του ν. 4412/2016, προκειμένου να καταστεί δυνατή η σύναψη της σύμβασης εντός του Δεκεμβρίου 2021. iii) Εν όψει του απλού αντικειμένου της προμήθειας, η δεκαπενθήμερη συντετμημένη προθεσμία ήταν επαρκής για την υποβολή προσφορών και δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δυνάμενη να αποτρέψει τους οικονομικούς φορείς από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, όπως το αποδεικνύει και η μη προσβολή της διακήρυξης με προδικαστική προσφυγή. Συνακόλουθα, δεν δύναται να πιθανολογηθεί ότι η επιλογή της συντετμημένης προθεσμίας προκάλεσε/επηρέασε το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού. iv) Εφόσον, κατά τα ανωτέρω, έχει προηγηθεί νόμιμος ανοικτός διαγωνισμός, ο οποίος

απέβη άγονος, συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412 για την προσφυγή στη διαπραγμάτευση. ν) Η εμπλοκή της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., της οποίας η σύμφωνη γνώμη θεωρούταν προδιαγεγραμμένη, θα επιβράδυνε την έγκαιρη προετοιμασία της αναθέτουσας για τις πιθανώς σφοδρές χιονοπτώσεις του χειμώνα. vi) Επικουρικά, πρέπει να αναγνωριστεί συγγνωστή πλάνη στην Περιφέρεια, η οποία ουδόλως ενήργησε με πρόθεση καταστρατήγησης του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου αλλά, αντιθέτως, έπραξε ό,τι ήταν δυνατό προκειμένου να ενεργήσει σύμφωνα με αυτό, εν όψει των αναγκών, διασφαλίζοντας την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού, τόσο με την προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμό όσο και με την πρόσκληση τριών (3) οικονομικών φορέων στη διαπραγμάτευση.

18. Με αυτά τα πραγματικά δεδομένα και σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω στις σκέψεις 5,7, και 9, το Δικαστήριο κατά πλειοψηφία κρίνει, ως προς τους δύο πρώτους, αλληλένδετους διακωλυτικούς λόγους που ανέδειξε η προσβαλλόμενη, ότι η αιτιολογία προσφυγής σε ανοικτό διαγωνισμό με συντεταγμένη προθεσμία, η οποία παρατίθεται στην εγκριτική αυτής απόφαση της Ο.Ε. της Π..., είναι πλημμελής, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την Επίτροπο. Τούτο διότι, από τα γενικά στοιχεία στα οποία αναφέρεται, τα οποία δεν μπορούν να αναπληρωθούν εξ ολοκλήρου από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, δεν παρέχεται απόδειξη ότι καταβλήθηκε από την αναθέτουσα η ενδεδειγμένη επιμέλεια για τη δημοπράτηση της ελεγχόμενης προμήθειας με την τακτική προθεσμία υποβολής προσφορών του ανοικτού διαγωνισμού. Αντιθέτως, από τη συσχέτιση με το πρώτο υποέργο του αρχικού ενιαίου έργου, το οποίο δημοπρατήθηκε χωρίς σύντμηση, μολονότι η πίστωση εγκρίθηκε, ομοίως, με την από απόφαση του Περιφερειάρχη, προκύπτει ότι ήταν δυνατό να αποφευχθεί η σύντμηση αυτή και για την ανάθεση της προμήθειας του άλατος. Αλλά, και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι δεν ήταν ευχερής η ταυτόχρονη δημοπράτηση των δύο υποέργων, η χρήση της τακτικής προθεσμίας με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15^η Σεπτεμβρίου 2021 δεν θα οδηγούσε αναπόφευκτα σε αδυναμία συμβασιοποίησης της προμήθειας εντός του Δεκεμβρίου 2021, όπως συμπερασματικά ισχυρίζονται η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, εάν η διαδικασία δεν ήταν πλημμελής. Σε κάθε περίπτωση, ο εγκλεισμός της προθεσμίας υποβολής προσφορών στο χρονικό διάστημα από 16.8.2021 έως 31.08.2021, που είναι η καρδιά των καλοκαιρινών διακοπών, με κριτήρια επιλογής, η πλήρωση των

οποίων απαιτούσε κάποιο χρόνο ετοιμασίας, όπως το αποδεικνύει το ζήτημα που δημιουργήθηκε κατά την κατακύρωση με την αδειοδότηση του χώρου αποθήκευσης του άλατος, οδήγησε κατά σφόδρα πιθανολογούμενο τρόπο στο άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Τούτο επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι, ενώ δεν υπεβλήθη καμία προσφορά στον ανοικτό διαγωνισμό στο ανωτέρω 15ήμερο, βρήκε ανταπόκριση, ένα 15ήμερο αργότερα, η πρόσκληση προς διαπραγμάτευση με τους όρους της αρχικής διακήρυξης, την οποία απηύθυνε η αναθέτουσα στις 14.09.2021, με ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 17η.09.2021. Εν όψει των παρατεθέντων στοιχείων, συντρέχουν οι δύο πρώτοι λόγοι μη νομιμότητας της ανάθεσης της προμήθειας, που βασίμως αναδεικνύονται με την προσβαλλόμενη, και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέοι.

19. Κατά τη γνώμη της Αντιπροέδρου Σωτηρίας Ντούνη, με την οποία συνετάγη η έχουσα συμβουλευτική ψήφο Πάρεδρος Ευπραξία Δημολιού, οι δύο πρώτοι διακωλυτικοί λόγοι παρίστανται αβάσιμοι, διότι παραβλέπουν τόσο τα αντικειμενικά χρονικά περιθώρια που διέθετε η αναθέτουσα για τη δημοπράτηση της επίμαχης προμήθειας όσο και την εκ του νόμου ευχέρειά της να μειώσει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών προκειμένου να βρίσκεται, αν όχι βραχυπρόθεσμα, τουλάχιστον μεσοπρόθεσμα, σε ετοιμότητα αντιμετώπισης των χιονοπτώσεων του επερχόμενου χειμώνα. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τα οποία δεν δύνανται μεν να αναπληρώσουν, δύνανται όμως να συμπληρώσουν την αιτιολογία της απόφασης της Ο.Ε. της Π..., η δέσμευση της πίστωσης στις 9.8.2021 απέχει δύο μήνες και εννέα ημέρες από την Υπουργική Απόφαση έγκρισης της Συλλογική Απόφασης των Έργων της Π..., διάστημα που κρίνεται εύλογο, λόγω του μερισμού του αρχικού ενιαίου έργου σε δύο υποέργα, της ανάγκης επικαιροποίησης του Τεχνικού Δελτίου και της σύνταξης των τευχών δημοπράτησης. Μία μόλις ημέρα μετά εκδόθηκε η απόφαση της Ο.Ε. της Π..., με την οποία εγκρίθηκε η διενέργεια ανοικτής ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας με τη συντετημημένη 15ήμερη προθεσμία υποβολής των προσφορών. Ευθύς αμέσως μετά την αποφράγιση του διαγωνισμού στις 06.09.2021 αποφασίστηκε, με την απόφαση της Ο.Ε. της Π..., η προσφυγή στη διαπραγμάτευση, η οποία ολοκληρώθηκε, με συνεχή αλληλουχία ενεργειών, στις 12.10.2021 και υποβλήθηκε για προσυμβατικό έλεγχο

στις 19.10.2021. Εν όψει τούτων, η δημοπράτηση της προμήθειας περικλειόταν εντός των χρονικών ορίων της 9.8.2021 και του φυσικού ορίου της έναρξης του χειμώνα, έπρεπε δε να λάβει υπόψη της και τον παράγοντα της κλιματικής αλλαγής-κρίσης. Εντός των χρονικών αυτών ορίων έπρεπε να εμπέσει και η υπογραφή της σύμβασης, συνυπολογιζομένων των τυχόν καθυστερήσεων λόγω ενδεχόμενης άσκησης προδικαστικών προσφυγών, λόγω της υποχρέωσης υποβολής της διαδικασίας ανάθεσης και του σχεδίου σύμβασης σε προσυμβατικό έλεγχο και λόγω των συνεχών επανακάμψεων της επιδημίας covid-19. Με αυτά τα αντικειμενικά δεδομένα, και ως εκ των προϋποθέσεων που θέτει και του σκοπού που υπηρετεί η διάταξη του άρθρου 27 παρ. 3, (βλ. ανωτέρω σκέψη 5), η αναθέτουσα έκανε νόμιμη χρήση αυτής, αναζητώντας μία συνεκτική λύση για την υλοποίηση του επιδιωκόμενου δημόσιου σκοπού της αρμοδιότητάς της, χωρίς να περιορίσει τον ανταγωνισμό, και συνακόλουθα, χωρίς να επηρεάσει αιτιωδώς το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Η γνώμη όμως αυτή δεν εκράτησε.

20. Επί του τρίτου διακωλυτικού λόγου, το Δικαστήριο κρίνει ότι βασίμως αιτιάται η προσβαλλόμενη ότι η αναθέτουσα δεν ζήτησε τη γνωμοδότηση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, ως προς τη νομιμότητα της προσφυγής στη διαπραγμάτευση. Αφ' ενός, διότι υπείχε την υποχρέωση αυτή βάσει των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 2. περ. δδ' του ν. 4013/2011, η οποίες δεν εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής τους την περίπτωση της διαπραγμάτευσης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, μετά από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ανάθεσης, η οποία κηρύχθηκε άγονη. Αφ' ετέρου, διότι δεν μπορούν να αναχθούν στην έννοια της ανωτέρας βίας, όπως αυτή οριοθετήθηκε ανωτέρω στη σκέψη 11, πρώτον, η ανάγκη κατεπείγοντος εφοδιασμού της αναθέτουσας με αντιπαγετικό άλας λόγω της κλιματικής αλλαγής και, δεύτερον, η ανάγκη ταχείας παράδοσης αυτού, προκειμένου να εκτελεστεί και το πρώτο υποέργο, οι οποίες χαρακτηρίζονται από την απόφαση της Ο.Ε. της Π..., ως περιστάσεις ανωτέρας βίας, που την απαλλάσσουν, σύμφωνα το ίδιο άρθρο 2 παρ. 2. περ. δδ' του ν. 4013/2011, από την υποχρέωση λήψης της γνωμοδότησης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 9, η παράλειψη λήψης της γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., συνιστώσα παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, στοιχειοθετεί και ουσιώδη πλημμέλεια της διαπραγμάτευσης, κωλύουσα την υπογραφή της σύμβασης.

21. Κατά τη συμβουλευτική όμως γνώμη της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού, η αθέτηση του ανωτέρω απαιτούμενου τύπου δεν πρέπει να θεωρηθεί ως ουσιώδης πλημμέλεια, η οποία επιφέρει ακυρότητα της διαδικασίας. Τούτο, για τους διαληφθέντες ανωτέρω, στη σκέψη 10, λόγους θεσμικής ισορροπίας και αρτιότητας του συνταγματικώς προβλεπόμενου προσυμβατικού ελέγχου αλλά και διότι, κατ' αυτόν, το Ελεγκτικό Συνέδριο αίρει τις αμφιβολίες που δημιουργεί η παράλειψη του επίμαχου τύπου ως προς τη συνδρομή των τιθέμενων από την κείμενη νομοθεσία προϋποθέσεων για την προσφυγή σε διαπραγμάτευση. Εν όψει των εκτεθέντων, και όσων αναπτύχθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 19, δεν κωλύεται, κατά τη γνώμη αυτή, η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης υπό τον όρο της διόρθωσής του σύμφωνα με τις υπό στοιχ. iv) παρατηρήσεις της Επιτρόπου.

22. Κατ' ακολουθία του συνόλου των κρίσεων του αιτιολογικού, το Δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση και να μην ανακληθεί η προσβαλλομένη.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την με ΑΒΔ προσφυγή ανάκλησης της Περιφέρειας

Απορρίπτει την παρέμβαση που ασκήθηκε από την εταιρεία με την επωνυμία «.....».

Δεν ανακαλεί, κατά τα αναφερόμενα στο αιτιολογικό, την Πράξη της Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Υπηρεσία

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε σε τηλεδιάσκεψη, στις 14 Δεκεμβρίου 2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 28 Δεκεμβρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ