

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ειρήνη Αψοκάρδου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1539/16.12.2019 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...Α.Ε» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στα ..., επί της οδού ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμόν Φ.602.2/47/291977/Σ.3357 Πρόσκλησης σε Διαπραγμάτευση σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη Σύμβασης μεταξύ του ... και της εταιρείας «...LTD» με αντικείμενο την προμήθεια μη επανδρωμένων αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του ... αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 853.000,00 ευρώ, άνευ ΦΠΑ (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία για τη συγκεκριμένη προμήθεια, άλλως να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή και του προσφεύγοντος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 4.265,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 12.12.2019 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 853.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμόν Φ.602.2/47/291977/Σ.3357 Πρόσκληση προς τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...LTD», η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη διεξαγωγή διαδικασίας διαπραγμάτευσης μόνον με τον εν λόγω φορέα σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια μη Επανδρωμένων αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του ...αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 853.000,00 ευρώ. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς ορίστηκε η 5.12.2019. Η δε εταιρεία «...LTD», ως μόνη προσκληθείσα, υπέβαλε την από 5.12.2019 προσφορά της.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 2.12.2019 με ΑΔΑΜ ..., ενώ η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, ήτοι την προμήθεια μη στρατιωτικού εξοπλισμού όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμόν Φ. 637/20/296940 Σ. 203 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, της

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 13.12.2019 στην ΑΕΠΠ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, η προσβαλλόμενη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 2.12.2019, ο δε προσφεύγων δηλώνει στην προσφυγή ότι έλαβε γνώση αυτής την 4.12.2019 μέσω της ανάρτησής της στον διαδικτυακό ιστότοπο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», όπως αναφέρει και στην με αριθμό πρωτοκόλλου ΖΣ/406/04.12.2019 επιστολή του προς την αναθέτουσα αρχή και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς όπως αναφέρει στην προσφυγή του, διαθέτει πολυετή εμπειρία στην παροχή ολοκληρωμένων λύσεων σε μη επανδρωμένα αεροσκάφη, είναι καταχωρημένος στα μητρώα της Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (Γ.Δ.Α.Ε.Ε.), προσφέρει ανάλογες ανταγωνιστικές λύσεις με αυτές που αποτελούν αντικείμενο της προσβαλλόμενης και υφίσταται προφανή βλάβη, λόγω του δεν προσκλήθηκε να συμμετάσχει στην επίμαχη διαδικασία.

Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτείται να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία για τη συγκεκριμένη προμήθεια, άλλως να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή και του προσφεύγοντος. Εντούτοις, τα ως άνω αιτήματα απαραδέκτως προβάλλονται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

7. Επειδή την 16.12.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...LTD».

8. Επειδή με την υπ' αριθμό 1921/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή με την με αριθμό αναφοράς 60/17.12.2019 ανακοίνωση, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε αναστολή της διαδικασίας διαπραγμάτευσης μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 23.12.2019, απέστειλε τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου οι οποίες κοινοποιήθηκαν επίσης αυθημερόν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στον προσφεύγοντα.

11. Επειδή, ο προσφεύγων στις 11.1.2020 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 17.1.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή του υποστηρίζει ότι : *« III. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Α) Η μη πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016.*

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Πλημμελής αιτιολογία. Παρανομία της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

1) Όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την αιτιολογική σκέψη (2) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές ή οι αναθέτοντες φορείς, οφείλουν πρωτευόντως να εφαρμόζουν τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες που προβλέπει το άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, όπως αυτά ρητά παραπέμπουν στα άρθρα 27 έως 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 45 έως 49 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αντίστοιχα (άρθρα 27 έως 31 και 264 έως 268 του Ν. 4412/2016). Εντούτοις, η παρ. 6 του άρθρου 26 και η αντίστοιχη παρ. 5 του άρθρου 44 των ανωτέρω Οδηγιών (παρ. 6 του άρθρου 26 και παρ. 3 του άρθρου 263 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016), προβλέπουν κατ' εξαίρεση, στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις των άρθρων 32 και 50 των ως άνω Οδηγιών (άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016) ότι μπορεί να εφαρμόζεται διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης ή χωρίς τη διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης σε ανάδοχο. Η απαρίθμηση του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 είναι περιοριστική και δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να ερμηνεύουν διασταλτικά τις εν λόγω διατάξεις, εφαρμόζοντας τις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες και σε άλλες περιπτώσεις, εκτός από εκείνες που ρητά αναφέρονται στο κείμενο του νόμου. Όπως συνάγεται συνεπώς από τα ανωτέρω, η περίπτωση γ) του άρθρου 32 παρ. 2, αποτελεί μία από τις προβλεπόμενες εκ του νόμου περιπτώσεις, η οποία δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, στον βαθμό που αυτό κρίνεται απολύτως απαραίτητο, εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. Όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, *Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA*, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕλΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις, τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις, οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής (άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες (Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-299/08, EU:C:2009:769, σκ. 29). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010). Εξάλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑθ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Άλλωστε, οι διατάξεις αυτές αποβλέπουν πρωτίστως στη διαφύλαξη του υγιούς ανταγωνισμού, στην καταπολέμηση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς και στην προαγωγή της ισονομίας και της ισότητας στην ευχέρεια πρόσβασης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου στη δημόσια οικονομική ζωή, με τη διασφάλιση προεχόντως της ακώλυτης άσκησης του δικαιώματός του να μετέχει στην οικονομική ζωή, μέσω της εν δυνάμει παρουσίας του σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία ως υποψήφιος ανάδοχος. Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕΛΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).

2) Συναφώς, έχει κριθεί ότι η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕΛΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕΛΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο (πρβλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου). Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2ας

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Ιουνίου 2005, C68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδα, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40). 3) Κατά συνέπεια, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 17ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 32). Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, σκ. 23). Περαιτέρω, μία από τις εξαιρετικές περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως συνιστά η περίπτωση κατά την οποία λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού (ανοικτού ή κλειστού) διαγωνισμού, ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της,

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων (βλ. σχετ. ΕΛΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕΛΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων, τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική (Απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, *Finn Frogne A/S κατά Rigspolitietved Centerfor Beredskabskommunikation*, C-549/14, EU:C:2016:634, σκ. 35). Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας (απόφαση 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή). Τέλος, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΛΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58, της 18ης Νοεμβρίου 2004, C126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-2173, σκέψεις 57 και 58). Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33). Ενόψει των όσων αναπτύχθηκαν αμέσως παραπάνω, συνάγεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εν προκειμένω, δεν αιτιολόγησε πλήρως, σαφώς, ειδικώς και επαρκώς, κατά την έννοια που προεκτέθηκε, τον απολύτως αναγκαίο χαρακτήρα της προσφυγής στην όλως εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, καθώς δεν προκύπτει σε τι συνίσταται η κατεπείγουσα ανάγκη, η οφειλόμενη σε όλως απρόβλεπτα γεγονότα, η οποία έδωσε αφορμή για την παράκαμψη των συνήθων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή αρκείται στην υποπαρ. 3.1.2 της προσβαλλόμενης πράξης της να αναφέρει ότι: «Η ανάθεση της σύμβασης θα δρομολογηθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων ανωτέρω παρ. 3.1.1, καθόσον η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίζεται αδήριτη και επείγουσας ανάγκης ως σχετικό (ε).», παραπέμποντας στο συνημμένο σχετικό στην προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθμ. Φ.819/359/71695/Σ.19497/08 Νοε 19/ΥΠΕΘΑ/ΓΔΟΣΥ/ΔΟΙ/ΤΠ, χωρίς καμία άλλη περαιτέρω αναφορά και αιτιολογία, με συνέπεια, να μην μπορεί διαπιστωθεί ή να ελεγχθεί, η συνδρομή των σωρευτικά απαριθμούμενων και αυστηρά απαιτούμενων προϋποθέσεων της επικαλούμενης από την Αναθέτουσα Αρχή, περίπτωσης γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, ούτε από το κείμενο της ίδιας της προσβαλλόμενης πρόσκλησης,

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

αλλά ούτε και από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου. Κατά τούτο, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης εμφανίζεται ελλιπής και πλημμελής και συνεπώς η τελευταία τυγχάνει ακυρωτέα. Επιπρόσθετα, στο ίδιο της κείμενο της προσβαλλόμενης, διαπιστώνονται όροι και διατάξεις, που συνηγορούν υπέρ της αδυναμίας εφαρμογής της όλως εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ). Ειδικότερα, ο χρόνος παράδοσης των προς προμήθεια ειδών ορίζεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Α» της προσβαλλόμενης, «Εντός τριών (3) μηνών από την υπογραφή της Σύμβασης», απέχει πολύ από το να μπορεί να δικαιολογήσει επείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα που δικαιολογούν την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, ενώ όπως έχει κριθεί σχετικά από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1078/2018, σκ. 34), η Αναθέτουσα Αρχή δεν απέδειξε σε καμία περίπτωση για ποιο λόγο δεν μπορούσε να κάνει χρήση της συντετημημένης προθεσμίας, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016 για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δεκαπέντε (15) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει περίπου ίδιους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Το ανωτέρω επιχείρημα είναι προφανές, καθώς η δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. εν προκειμένω έγινε στις 02.12.2019 και η έναρξη των διαπραγματεύσεων ορίστηκε για τις 05.12.2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. (άρθρο 5 της προσβαλλόμενης, σελ. 5 αυτής), ενώ με τη χρήση της δυνατότητα σύντμησης των προθεσμιών για την ανοιχτή διαδικασία, η χρονική διαφορά θα ήταν μικρότερη από δύο (2) εβδομάδες και επιπλέον θα εξασφάλιζε την επίτευξη ευρύτερου ανταγωνισμού, με σκοπό την ανάθεση της σύμβασης στον καλύτερο υποψήφιο, προς βέλτιστη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και των αναγκών της Αναθέτουσας Αρχής. Προσέτι, στην παρ. 2.4 της προσβαλλόμενης (σελ. 3) ορίζεται ότι: «Η Υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα για αύξηση των ποσοτήτων σε ποσοστό μέχρι 15% σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 1 του άρθρου 105 του ν. 4412/16.» και στο

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

άρθρο 18 (σελ. 19), ορίζεται ότι: «Η σύμβαση μπορεί να τροποποιείται κατά τη διάρκειά της, χωρίς να απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, μόνο σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/16 και κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής της περίπτωσης β της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/16.». Αμφότερες οι ως άνω παρατιθέμενες διατάξεις, παραπέμπουν σε συνήθη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης, επιτείνοντας έτι περαιτέρω τον κίνδυνο, η ενδεχόμενη σύμβαση που θα υπογραφεί με την μοναδική προσκληθείσα εταιρεία, να αποκτήσει μονιμότερο και διαρκέστερο χαρακτήρα ή να εκτελεστεί για μεγαλύτερο συμβατικό αντικείμενο από το αρχικά ορισθέν στην προσβαλλόμενη πράξη, απομακρύνοντας την όλη φύση μιας τέτοιας σύμβασης από την αληθή έννοια των διατάξεων του άρθρου 32 και συνεπακόλουθα, καταρρίπτοντας άνευ άλλου τινός την αναγνώριση κατεπείγουσας περίπτωσης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία έδωσαν αφορμή και δικαιολογούν κατά την Αναθέτουσα Αρχή την προσφυγή σε αυτή την εξαιρετική διαδικασία. Τέλος, εξεταζόμενες υπό το ανωτέρω πρίσμα, οι διατάξεις της προσβαλλόμενης πράξης, επιρρωνύουν τους ισχυρισμούς μας, περί παράνομης προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καθώς τόσο το ύψος του τεθέντος προϋπολογισμού, ήτοι το ποσό των οκτακοσίων πενήντα τριών χιλιάδων ευρώ (853.000,00 €), σε συνδυασμό με τον αριθμό και τον όγκο των ζητούμενων προς προμήθεια ειδών, βάσει του «ΠΙΝΑΚΑ ΥΠΟ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ», όπως αυτός επισυνάπτεται στην ΠΡΟΣΘΗΚΗ «1» ΣΤΟ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Α» της προσβαλλόμενης πράξης, καθιστούν παραπάνω από προφανές ότι δεν πρόκειται για μία διαδικασία ανάθεσης, η οποία περιορίζεται στην κάλυψη έκτακτων και επείγουσών αναγκών, όπως όλως αβάσιμα ισχυρίζεται στο απαντητικό της fax προς την Εταιρεία μας, η Αναθέτουσα Αρχή, ούτε φυσικά πρόκειται για την κάλυψη αυτών των όποιων αναγκών εν πάση περιπτώσει, στο μέτρο που αυτό είναι απολύτως απαραίτητο, σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση της επίμαχης διάταξης. Αντιθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή επιχειρεί όλως αθέμιτα, μέσω της επίκλησης του εξαιρετικού κανονιστικού πλαισίου της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) και χωρίς να πληρούνται οι αυστηρές και περιοριστικά

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

απαριθμούμενες προϋποθέσεις για την εφαρμογή της επίμαχης διαδικασίας, να παρακάμψει τους κανόνες διεξαγωγής ανοιχτής ή κλειστής διαδικασίας, με τη συμμετοχή πλειόνων υποψηφίων. Με τον τρόπο αυτό όμως, είναι σαφές ότι η Αναθέτουσα Αρχή, παρανομεί και κατά τούτο η προσβαλλόμενη καθίσταται ακυρωτέα.

B) Παράνομος ο αποκλεισμός της Εταιρείας μας από την επίμαχη διαδικασία.

1) Σε συνάρτηση με όσα ήδη εκτέθηκαν και στο σύντομο ιστορικό της παρούσας, η Εταιρεία μας δραστηριοποιείται μεταξύ άλλων, στο αντικείμενο της προμήθειας της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως άλλωστε ομολογεί και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή στο προαναφερθέν απαντητικό fax προς την Εταιρεία μας. Συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι (η υπογράμμιση και ο τονισμός δικά μας): «[...]. 3. Σε κάθε περίπτωση, τα προϊόντα της εταιρείας σας ασφαλώς και δεν έχουν αποκλειστεί από τα εξεταζόμενα για πρόσκτηση, στο πλαίσιο σχετικού εξοπλιστικού προγράμματος σε φάση ενεργοποίησης. Ενδεικτικά, παρακαλούμε ληφθεί υπόψη η τρέχουσα συνεργασία σας με αρμόδιες Διευθύνσεις ΓΕΝ, για την παρουσίαση/επίδειξη UAV η οποία υλοποιήθηκε στο Α/Δ Ελληνικού την 16η Ιουλίου 2019 και η παρουσίαση προϊόντων της εταιρείας σας στο ΓΕΝ την 4 η Δεκ. 2019. 4. Το ...προσδοκεί στη συνέχιση της δρομολογημένης ως ανωτέρω συνεργασίας, με σκοπό την αποσαφήνιση τυχόν προϊόντων της εταιρείας σας που δύνανται να καλύψουν τις απαιτήσεις της Υπηρεσίας στο υπό ενεργοποίηση σχετικό εξοπλιστικό πρόγραμμα.». Σε συνέχεια των ανωτέρω εκτεθέντων, παραθέτουμε ενδεικτικά, πρόσφατη, σχετική με το αντικείμενο της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης δραστηριότητα και παρουσιάσεις με αποδέκτη την Αναθέτουσα Αρχή, προσθέτοντας ότι γενικότερα, η Εταιρεία μας, στα πλαίσια της επιχειρηματικής της δραστηριότητας, διατηρεί έντονη συμμετοχή σε εκθέσεις κλπ. Ειδικότερα το τελευταίο διάστημα, έλαβαν χώρα οι ακόλουθες δράσεις:

- 16.07.2019: Πτητική επίδειξη Συστήματος μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους (ΣμηΕΑ - το οποίο πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές ορίζονται από τη σχετική προς συμβασιοποίηση προμήθεια) με τη συμμετοχή του ...και πιο συγκεκριμένα, αντιπροσώπων από τον Α' Κλάδο, τη Διεύθυνση

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Εξοπλισμών και τη Ναυτική Διοίκηση Αιγαίου. Η ανωτέρω παρουσίαση διενεργήθηκε παρουσία ατόμου που συμμετέχει στην Επιτροπή διενέργειας έτερης διαδικασίας διαπραγμάτευσης (τη με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.602.2/46/291978/Σ.3358 «Πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη Σύμβασης μεταξύ του ...και της εταιρείας «...S.A.» με αντικείμενο την Προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του ...αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 1.329.680,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσόμενου ΦΠΑ).», με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 19PROC005944662 02.12.2019, σελ. 2 της Πρόσκλησης, Αντιπλοίαρχος (Μ) ... (ΓΕΝ/ΔΕΞ) ως Πρόεδρος της Επιτροπής, κατά της οποίας έχουμε ήδη ασκήσει την από 12.12.2019 προδικαστική προσφυγή μας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.).

- 02.08.2019: Πρόταση σε Ναυτική Διοίκηση Αιγαίου για παροχή υπηρεσιών με ΣμηΕΑ (Αρ. Πρωτ. SDB.Q.24_19) σε περιοχές ενδιαφέροντος του
- 31.10.2019: Παρουσίαση Εταιρείας και λύσεων ΣμηΕΑ στην εκδήλωση «Ημερίδα UxVs» στη Λέσχη Αξιωματικών Ενόπλων Δυνάμεων (Λ.Α.Ε.Δ.), υπό την αιγίδα της Γ.Δ.Α.Ε.Ε., με συμμετοχή και των τριών σωμάτων των Ενόπλων Δυνάμεων και παρουσία ατόμου που συμμετέχει στην Επιτροπή διενέργειας έτερης διαδικασίας διαπραγμάτευσης (τη με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.602.2/46/291978/Σ.3358 «Πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη Σύμβασης μεταξύ του ... (...) και της εταιρείας «...S.A.» με αντικείμενο την Προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του ...αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 1.329.680,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσόμενου ΦΠΑ).», με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., σελ. 2 της Πρόσκλησης, Αντιπλοίαρχος (Μ) ... (ΓΕΝ/ΔΕΞ) ως

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Πρόεδρος της Επιτροπής, κατά της οποίας έχουμε ήδη ασκήσει την από 12.12.2019 προδικαστική προσφυγή μας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.).

- 04.12.2019: Παρουσίαση Εταιρείας και λύσεων ΣμηΕΑ & counter UAS στο Γ.Ε.Ν. κατόπιν πρόσκλησης της Διεύθυνσης Εξοπλισμών, με συμμετοχή πλήθους αντιπροσώπων διαφόρων κλάδων – η παρουσίαση πραγματοποιήθηκε μετά από αίτημα που απευθύναμε προς το ...προ διμήνου από την ημερομηνία πραγματοποίησης της. Τέλος, υπογραμμίζουμε ότι η Εταιρεία μας διατηρεί διαρκείς σχέσεις συνεργασίας με το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας (ΥΠ.ΕΘ.Α.) σε συναφή αντικείμενα με εκείνα που αποτελούν το περιεχόμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα, αναφέρουμε ενδεικτικά τα ακόλουθα:

- Πιστοποίηση εγκαταστάσεων και προσωπικού για τον χειρισμό διαβαθμισμένων πληροφοριών (Εθνικό/Ευρωπαϊκό και ΝΑΤΟΪΚΟ Απόρρητο) από τη Γενική Διεύθυνση Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (Γ.Δ.Α.Ε.Ε.) του ΥΠ.ΕΘ.Α.

- Η Εταιρεία μας είναι αναγνωρισμένη ως ελληνική αμυντική βιομηχανία με παροχή ολοκληρωμένων λύσεων Συστημάτων Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών από τη Γ.Δ.Α.Ε.Ε., γεγονός που άλλωστε τεκμηριώνεται και από τον σχετικό κατάλογο που εκδίδει κάθε χρόνο η Γ.Δ.Α.Ε.Ε. προς ενημέρωση των επιτελείων και λοιπών φορέων στον διαδικτυακό τόπο http://www.gdaee.mil.gr/web_files/heldic/Heldic2019.html#p=1 (στη σελίδα 26 και 27 αναφέρεται η Εταιρεία μας και τα προϊόντα της συμπεριλαμβανομένου και αυτών που ζητάει η προσβαλλόμενη με την παρούσα Πρόσκληση).

- Η Εταιρεία μας διατελεί Μέλος του Συνδέσμου Ελλήνων Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού (Σ.Ε.Κ.Π.Υ.) (<http://www.sekpy.gr/>).

- Οι Ένοπλες Δυνάμεις αποτελούν πελάτη μας εδώ και πολλά έτη, τόσο σε παροχή υπηρεσιών με μη επανδρωμένους τηλεκατευθυνόμενους στόχους, συρόμενους στόχους (...), όσο και με προμήθεια ΣμηΕΑ (Τάγμα Γ.Ε.ΕΘ.Α.), όπως και με την εκπαίδευση πολλών χειρίστων του Γενικού Επιτελείου Εθνικής Άμυνας στη σχολή ΣμηΕΑ της Εταιρείας μας.

- Τέλος, συνεργασία με το ..., στο χρηματοδοτούμενο από την Ευρωπαϊκή Ένωση ερευνητικό πρόγραμμα OCEAN2020 (<https://ocean2020.eu/>). Ενόψει

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

των ανωτέρω εκτεθέντων, καθίσταται σαφές ότι ήδη κατά τον χρόνο δημοσίευσης της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση κατά την έννοια της παρ. 2 περίπτωση γ), η Αναθέτουσα Αρχή είχε πλήρη επίγνωση του αντικειμένου και των δραστηριοτήτων της Εταιρείας μας και ήταν σε θέση να γνωρίζει μετά πλήρους βεβαιότητας, τη δυνατότητά μας να ανταποκριθούμε εγκαίρως και προσηκόντως, στην εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Κατά συνέπεια, αδυνατούμε να κατανοήσουμε τους λόγους που οδήγησαν την Αναθέτουσα Αρχή στην επιλογή να μην συμπεριλάβει την Εταιρεία μας στον κατάλογο των οικονομικών φορέων προς τους οποίους απηύθυνε την Πρόσκληση για συμμετοχή σε διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι η πρόσκλησή μας, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας βέβαιο ότι συνάδει με το πνεύμα του εξαιρετικού χαρακτήρα των διατάξεων του άρθρου 32, οι οποίες όπως ειπώθηκε ήδη και ανωτέρω, πρέπει να εφαρμόζονται με φειδώ και μόνο στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο. Εν προκειμένω ωστόσο, καθίσταται προφανές άνευ άλλου τινός ότι η συμμετοχή στη διαδικασία με απευθείας διαπραγμάτευση αποκλειστικά και μόνο της εταιρείας με την επωνυμία «...LTD», προφανώς οδηγεί όχι απλώς σε περιορισμό του ανταγωνισμού, αλλά σε πλήρη κατάλυσή του, χωρίς προφανή δικαιολογητικό λόγο, υπερβαίνοντας κατά πολύ την εύλογη αναλογία μέσου και σκοπού και τη λογική της αναζήτησης του ηπιότερου μέσου που πρέπει να επιδιώκει η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή κατά την εφαρμογή των κρινόμενων διατάξεων του άρθρου 32. Με τον τρόπο αυτό όμως, η προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής καθίσταται όλως παράνομη και καταχρηστική και συνεπώς ακυρωτέα.

Γ. ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΚΑΤΑΤΜΗΣΗ ΤΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Τέλος, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν είναι νόμιμος ο επιμερισμός της συνολικής ποσότητας όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή μερικότερες όμοιες ή ομοειδείς κατηγορίες και η εν συνεχεία απευθείας ανάθεση των μερικότερων αυτών υπηρεσιών με βάση το ύψος της δαπάνης που προκύπτει από την κατάτμηση της συνολικής ποσότητας, αντί της διενέργειας μίας, ενιαίας για τα είδη αυτά, παροχής υπηρεσίας, γιατί με τον τρόπο αυτό επιχειρείται, κατά

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

περιγραφή των οικείων διατάξεων, η αποφυγή της τήρησης της οριζόμενης από αυτές διαδικασίας του διαγωνισμού (βλ. ενδεικτικά Πράξεις 73/2005 και 18, 22, 82, 114, 165/2006, VII Τμ. ΕλΣυν και Πράξεις 12, 25 και 246/2009, 173/2010 και 391/2010, 62/2012 VI Τμ. ΕλΣυν), υπό την έννοια ότι δεν πρέπει να συντρέχει περίπτωση ανεπίτρεπτης κατάτμησης ενιαίας δαπάνης, η οποία 20 να σκοπεί στην αποφυγή της διενέργειας τακτικού δημόσιου διαγωνισμού (Πράξη 16/2007, VII Τμ. ΕλΣυν) ή αντίστοιχα διεθνούς διαγωνισμού. Ως ομοειδή προϊόντα θεωρούνται αυτά που κατά τις συναλλακτικές αντιλήψεις και ήθη συνιστούν μερικότερες κατηγορίες του αυτού αγαθού και για τα οποία η ίδια κατηγορία προμηθευτών ενδιαφέρεται να διεξαχθεί ενιαία διαδικασία (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 80/2004). Ως κριτήριο για τον ομοειδή χαρακτήρα της προμήθειας κατά τη θεωρία και νομολογία λαμβάνεται υπόψη η άμεση τεχνική και οικονομική λειτουργία της σύμβασης, ήτοι η φύση της ανάγκης που εξυπηρετείται μέσω αυτής. Υπό αυτήν την έννοια, δεν είναι επιτρεπτή η κατάτμηση μιας προμήθειας ομοίων ή ομοειδών κατηγοριών αγαθών σε περισσότερες, όταν από τεχνική και ουσιαστική άποψη όχι μόνο μπορούν, αλλά και επιβάλλεται, για το οικονομοτεχνικώς άρτιο και συμφέρον της προμήθειας, να αποτελέσουν αντικείμενο ενιαίας διαδικασίας (διαγωνισμού-σύμβασης) (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 266/2009). Εξ αντιδιαστολής προκύπτει ότι, όταν πρόκειται για προμήθεια ανόμοιων αγαθών, είναι νομικά επιτρεπτή η διενέργεια αυτοτελών διαδικασιών ανάθεσης για κάθε επιμέρους προμήθεια (πρβλ. και την υπ' αριθμ. 241/2015 απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Ομοίως έχει κρίνει το ΕλΣυν σε περιπτώσεις ανεπίτρεπτης κατάτμησης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, για τις οποίες θα έπρεπε να έχει διενεργηθεί ενιαίος τακτικός διαγωνισμός (Πράξεις 20/2014 και 22/2014 και Πράξεις 116/2015, 163/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του IV Τμ. ΕλΣυν, Πράξεις 148/2013, 45/2013, Πράξεις 213/2015, 325/2015, 371/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του VII Τμ. ΕλΣυν). Κατά συνέπεια, η κατάτμηση ενός ενιαίου από τεχνική και οικονομική άποψη αντικειμένου δημόσιας σύμβασης αναφέρεται σε ξεχωριστή δημοπράτηση με διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες ή/και απευθείας ανάθεση, δηλαδή με αυτοτελώς κινούμενη διαδικασία για κάθε επιμέρους

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

συμβατικό αντικείμενο. Από την άλλη πλευρά, η ανεπίτρεπτη αυτή κατάτμηση κρίνεται ως παράνομη, εφόσον δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά κριτήρια τεχνικής και οικονομικής φύσης κατά τα ανωτέρω, ακριβώς γιατί σκοπεί στην αποφυγή εφαρμογής ενός αυστηρότερου νομοθετικού πλαισίου για την αναθέτουσα, ιδίως δε των διατυπώσεων δημοσιότητας, το οποίο θα τύγχανε εφαρμογής αν ο διαγωνισμός διεξαγόταν για το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου χωρίς τη μεσολάβηση της παράνομης κατάτμησης. Αντίθετα, η διεξαγωγή ενός διαγωνισμού με ενιαίο αντικείμενο, κατά τμήματα (ή τομείς εν προκειμένω) αποτελεί κατ' αρχήν ανέλεγκτη επιλογή της αναθέτουσας αρχής με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας και εκκινεί με την ίδια διακήρυξη, για την οποία ακολουθούνται οι ίδιες διατυπώσεις δημοσιότητας. Πολλώ δε μάλλον, η ενιαία διεξαγωγή του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα, η οποία επαφίεται κατά το άρθρο 59 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση του νομοθετικού πλαισίου που θα εφαρμοστεί στη διαγωνιστική διαδικασία, αφού ο προϋπολογισμός, βάσει του οποίου θα κριθούν οι εφαρμοστέοι κανόνες προκύπτει από το άθροισμα του προϋπολογισμού των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης. Το κριτήριο αυτό όμως, το οποίο εν τέλει δεν επηρεάζει την υπαγωγή του διαγωνισμού σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο (απευθείας ανάθεση, συνοπτικός, ανοιχτός, διεθνής), αλλά ενδεχομένως άλλα δεδομένα, όπως π.χ. τον υπολογισμό του ύψους του παραβόλου για την άσκηση προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., σε περίπτωση που ο προσφεύγων δεν συμμετέχει σε όλα τα τμήματα της σύμβασης, επουδενί δεν αλλοιώνει τον τρόπο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. και ΑΕΠΠ 416/2018). Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και κατ' αναλογική εφαρμογή της ως άνω νομολογιακής κατασκευής, είναι παραπάνω από προφανές ότι η Αναθέτουσα Αρχή, με την ταυτόχρονη κίνηση δύο διακριτών διαγωνιστικών διαδικασιών, με τη δημοσίευση δύο χωριστών προσκλήσεων σε διαπραγμάτευση (αφενός την προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή και αφετέρου τη με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.602.2/46/291978/Σ.3358 «Πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη Σύμβασης μεταξύ του ... (...) και της εταιρείας «...S.A.» με αντικείμενο την Προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του ... αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 1.329.680,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσόμενου ΦΠΑ).», με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ... 02.12.2019, κατά της οποίας έχουμε ήδη ασκήσει την από 12.12.2019 προδικαστική προσφυγή μας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.), με ταυτόσημο τίτλο και απολύτως ίδιο αντικείμενο, προέβη σε ανεπίτρεπτη κατάτμηση και διαχωρισμό ενός και του αυτού συμβατικού αντικείμενου. Από την ανάλυση δε που προεκτέθηκε, καθίσταται σαφές ότι αφενός πρόκειται για συμβατικό αντικείμενο, το οποίο όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να προκηρύξει με μία και μόνο αδιάσπαστη διαδικασία ανάθεσης που θα κατέληγε στην υπογραφή της αντίστοιχης σύμβασης, αφετέρου (και κυριότερο) ότι δραστηριοποιούνται στην αγορά πλείονες του ενός οικονομικού φορέα, οι οποίοι θα ήταν σε θέση να εκτελέσουν αμφότερα τα συμβατικά αντικείμενα προσφέροντας εξίσου ανταγωνιστικές λύσεις. Σε κάθε περίπτωση συνάγεται ευχερώς ότι η δημοσίευση πρόσκλησης για διαπραγμάτευση με προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) και μάλιστα με τη συμμετοχή ενός μόνο σε κάθε επιμέρους περίπτωση, οικονομικού φορέα, παρίσταται όλως αδικαιολόγητη, παράνομη και καταχρηστική. Υπό το ανωτέρω πρίσμα, η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να διεξάγει τακτικό διαγωνισμό, συνενώνοντας τα δύο χωριστά συμβατικά αντικείμενα, με τη συμμετοχή περισσότερων του ενός διαγωνιζομένων, οι οποίοι κατά τεκμήριο θα ήταν σε θέση να προσφέρουν ισοδύναμες λύσεις, με εκείνες των οικονομικών φορέων που περιλαμβάνονται σε κάθε μία από τις προσβαλλόμενες προσκλήσεις και να αναλάβουν την εκτέλεση είτε του συνόλου είτε μέρους μόνο της προς ανάθεση σύμβασης. Και πάντως, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσιζε να προσχωρήσει στη διεξαγωγή διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, να προσκαλέσει και την Εταιρεία μας σε αυτή, καθώς, όπως αποδείχθηκε και ανωτέρω, με δεδομένο ότι είμαστε σε θέση να

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

προσφέρουμε ισοδύναμες λύσεις και στα δύο απολύτως συναφή προς συμβασιοποίηση αντικείμενα, ο αποκλεισμός της από την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, παρίσταται όλως παράνομος, αναίτιολογητος και καταχρηστικός. Ως εκ περισσού δε τονίζεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 35 του Ν. 4129/2013, οι συμβάσεις προμήθειας που συνάπτει το Δημόσιο ή τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) με αξία άνω του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000,00 €) προ Φ.Π.Α., όπως η με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.602.2/46/291978/Σ.3358 προσβαλλόμενη από την Εταιρεία μας, πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, υπόκεινται πριν την υπογραφή της οικείας σύμβασης σε έλεγχο νομιμότητας από Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Αντίστοιχα, για συμβάσεις προμηθειών με προϋπολογισμό άνω του ποσού των πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (500.000,00 €) και μέχρι του ποσού του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000,00 €), διενεργείται προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από τον αρμόδιο Επίτροπο του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Συνεπώς υπό το πρίσμα όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στον οικείο λόγο προσφυγής, ακόμα και αν η Αναθέτουσα Αρχή προχωρήσει στην ανάθεση των συμβατικών αντικειμένων, σύμφωνα με τις προσβαλλόμενες από την Εταιρεία μας προσκλήσεις σε διαπραγμάτευση, είναι μετά πάσας βεβαιότητας δεδομένο ότι, δεν θα μπορέσει να υπογράψει και να εκτελέσει τις αντίστοιχες συμβάσεις προμήθειας, εξαιτίας της παράνομης προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση και της ανεπίτρεπτης κατάτμησης απολύτως συναφούς αντικειμένου, με σκοπό να αποφύγει την εφαρμογή των προϋποθέσεων του αυστηρότερου κανονιστικού πλαισίου που προβλέπεται για την ανάθεσή τους είτε με τακτικό διαγωνισμό είτε με τη συμμετοχή περισσότερων του ενός υποψηφίων. Και κατά τούτο, θα υπάρξει ακόμα μεγαλύτερη καθυστέρηση στη συμβασιοποίηση των προς προμήθεια ειδών, περαιτέρω επιπλοκές σε μία παράνομα προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία και κατ' αποτέλεσμα, ζημία του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο έδωσε εξ αρχής αφορμή για τη δημοσίευση των προσβαλλόμενων προσκλήσεων σε διαπραγμάτευση».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: « [...]3. Επί της ουσίας της εν λόγω προσφυγής, παρατίθενται οι απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, για έκαστο λόγο ως ακολούθως:

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

α. Ο 1ος λόγος της προσφυγής, ήτοι η μη πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ.2 περίπτωση γ) του ν.4412/16, η πλημμελής αιτιολογία και το παράνομο της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, κρίνεται ως μη βάσιμος καθώς:

(1) Η προμήθεια αφορά την ανάγκη πρόσκτησης Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) κατάλληλων για χρήση ως «οργανικών» επί Π.Π. και χαρακτηρίστηκε, σύμφωνα με την παράγραφο 2 σχετικού (α), ως «αδήριτη και επείγουσα ανάγκη για την ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών», με εφαρμογή των ειδικών διατάξεων των Νόμων 4332/15, 4368/16 και 4639/19.

Με το ίδιο σχετικό διατέθηκαν οι πιστώσεις για την εν λόγω προμήθεια κατόπιν απόφασης έκτακτης ενίσχυσης του Ειδικού Φορέα 1.011.701.00.000.00 «Δαπάνες Μεταναστευτικών Ροών» του προϋπολογισμού ΥΠΕΘΑ έτους 2019 και ενισχύθηκε ο λειτουργικός Προϋπολογισμός ΓΕΝ για το σκοπό αυτό, ΑΛΕ 3120989001 (Αγορές λοιπών Μηχανημάτων και Εξοπλισμού), που αφορά σε προμήθεια μη αμυντικού υλικού και ως εκ τούτου έχει εφαρμογή ο Ν. 4412/16.

(2) Η πρόσκληση είναι καθόλα νόμιμη και σε πλήρη εναρμόνιση με το κανονιστικό πλαίσιο όπως αυτό διαμορφώνεται από τη σχετική νομοθεσία. Συγκεκριμένα στην παράγραφο 3.1 «Είδος Διαδικασίας» του Κυρίου Σώματος της σχετικής (ε) Πρόσκλησης περιγράφεται ότι « 3.1.1 Η σύμβαση θα υλοποιηθεί σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2γ του άρθρου 32 του ν. 4412/16, ως σχετικό (β). Για την εν λόγω προμήθεια δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ), κατ' εφαρμογή των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας (άρθρο 14 του ν.4332/15, άρθρο 96 του ν.4368/16, άρθρο 32 του ν.4412/16, και άρθρο 122 του ν.4636/19). 3.1.2 Η ανάθεση της σύμβασης θα δρομολογηθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων ανωτέρω παρ. 3.1.1, καθόσον η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίζεται αδήριτη και επείγουσας ανάγκης ως παρ.2 σχετικό (ε)».

(3) Με τον Ν.4332/15, άρθρο 14, παρ. 9,10 προσδιορίζεται η δυνατότητα διάθεσης των πιστώσεων για τον σκοπό της εν λόγω πρόσκλησης. Ειδικότερα, η πρόσκτηση των ΜΕΑ θα προσφέρει στο ...μη κατεχόμενες επιχειρησιακές δυνατότητες, που θα αξιοποιηθούν στην επιτήρηση και τον συντονισμό της

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

προσφυγικής κρίσης κατά τη φάση μεταφοράς των μεταναστών και προσφύγων, όπως περιγράφεται στον νόμο «μεταφοράς των ανωτέρω πολιτών», από τα σημεία διάσωσης και εισδοχής στην ελληνική επικράτεια, έως τις πρώτες δομές φιλοξενίας, ήτοι στη φάση που συμμετέχουν τα ΠΠ του Με τον τρόπο αυτό, δύνανται να εξοικονομηθούν πόροι από τη χρήση των πολύ δαπανηρότερων ιπτάμενων μέσων του ... (Ε/Π και Αφος Ρ-3, με κόστη ανά Ώρα Πτήσεως περί τα 10.000€), αλλά και να εντοπιστούν εγκαίρως στην «πρώτη γραμμή» μετανάστες και πρόσφυγες που χρήζουν έρευνας και διάσωσης (SAR).

(4) Με τους νόμους Ν.4375/15 άρθρο 19, Ν.4456/17 άρθρο 39, Ν. 4508/17 άρθρο 33, Ν.4587/18 άρθρο 7 και Ν.4636/19 άρθρο 122, η διορία εφαρμογής των διατάξεων του Ν. 4332/15 άρθρο 14, παρατείνεται διαδοχικά στις 31/12/16, 31/12/17, 31/12/18, 31/10/19 και από 1/11/19, ήτοι καλύπτεται η τρέχουσα χρονική περίοδος.

(5) Με τον Ν.4368/16, άρθρο 96, παρ. 1(α), καθορίζεται ότι το ΥΠΕΘΑ «δύνανται για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας,...». Ο τομέας δράσης που θα εφαρμοστεί η εν λόγω δυνατότητα, είναι η αναφερόμενη στο ίδιο άρθρο «σε ότι αφορά την μεταφορά προσφύγων και μεταναστών», από τα σημεία διάσωσης και εισδοχής στην ελληνική επικράτεια, έως τις πρώτες δομές φιλοξενίας, ήτοι στη φάση που συμμετέχουν τα ΠΠ του

(6) Με τον Ν.4636/19, άρθρο 122 παρ. 1, καθορίζεται ότι «οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη». Τα ανωτέρω ισχύουν επακριβώς στην προμήθεια μέσων θέματος από το

(7) Με το άρθρο 32 παρ.2(γ) του Ν. 4412/16, προσδιορίζεται η δυνατότητα προσφυγής σε προμήθεια με διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι «στο μέτρο

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη». Τα ανωτέρω ισχύουν επακριβώς στην εν λόγω προμήθεια, καθόσον η υλοποίηση της εν λόγω προμήθειας με χρήση των πιστώσεων που διατίθενται, μέσω διαδικασίας του άρθρου 32 παρ.2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016 αιτιολογείται πλήρως από την αδήριτη και επείγουσα ανάγκη ανάσχεσης των αυξημένων προσφυγικών ροών ως παρ. 2 σχετ.(α), εντός συγκεκριμένων διατάξεων του νομικού πλαισίου, ως αναφέρθηκαν σε ανωτέρω παραγράφους 3α.(3) έως 3α.(6) για το συγκεκριμένο πρόβλημα.

(8) Κατόπιν των ανωτέρω ως τρόπος υλοποίησης της προμήθειας προτάθηκε και εγκρίθηκε η διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση / γνώμη Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, κατ' εφαρμογή των διατάξεων Ν.4332/15 άρθρο 14, Ν.4368/16 άρθρο 96, Ν. 4636/19 άρθρο 122 και Ν. 4412/16 άρθρο 32 και στοιχειοθετείται από την «αδήριτη και επείγουσα για την ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών» ως παρ. 2 σχετ. (α), καθώς και από την συγκυρία διάθεσης πιστώσεων σε ΑΛΕ λειτουργικού Προϋπολογισμού ΓΕΝ εντός περιοριστικού χρονικού πλαισίου, για την πρόσκτηση αναγκαίου εξοπλισμού μονάδων του ..., στη «πρώτη γραμμή» των σχετικών με το πρόβλημα επιχειρήσεων.

(9) Επιπρόσθετα και όσον αφορά τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος ότι η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να γίνεται «στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο», διευκρινίζεται ότι η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητη και μόνο για Πολεμικά Πλοία που συνδράμουν στην ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών και όχι του συνόλου του στόλου του Επί συνόλου δεκάδων πολεμικών πλοίων του ...που δύνανται αναπτύξουν μη στελεχωμένα αεροχήματα (UAV), το ...προβαίνει στη προμήθεια μόνο 6 συστημάτων που θα καλύψουν κατά το συντομότερο δυνατό χρονικό διάστημα την αδήριτη

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

ανάγκη κατά τον πλέον ενδεδειγμένο επιχειρησιακά και τεχνικά τρόπο και προγραμματίζει τη κάλυψη της συνολικής του επιχειρησιακής δυνατότητας στα εν λόγω μέσα με διαγωνισμό, ως έχει γνωστοποιηθεί και στον προσφεύγοντα.

(10) Αναφορικά με τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος ότι ο χρόνος παράδοσης των προς προμήθεια ειδών (3 μήνες) «απέχει πολύ από το να δικαιολογήσει επείγουσα ανάγκη» διευκρινίζονται τα εξής: (α) Ο χρόνος παράδοσης εξελιγμένων UAV, με συγκεκριμένα τεχνικά και επιχειρησιακά χαρακτηριστικά (ενδεικτικά καθέτου απονήωσης και προσνήωσης στο πολεμικό πλοίο, καθώς και ελαχίστου αποτυπώματος στη λειτουργία του ελικοδρομίου του πολεμικού πλοίου φορέα), συγκεκριμένων πιστοποιήσεων αντιδιαβρωτικής και αδιάβροχης ικανότητας κρυπτοκάλυψης, κτλ, κυμαίνεται σε αρκετούς μήνες, καθότι δεν πρόκειται περί UAV βασικών ικανοτήτων και χαμηλού κόστους ως αυτά που «στοκάρονται» από εμπορικές επιχειρήσεις και αλυσίδες. (β) Η ακολουθούμενη από την Υπηρεσία διαδικασία προμήθειας στοχεύει στη σύντμηση των λοιπών χρόνων της προμήθειας, στο πλαίσιο της δυνατότητας που δίνουν οι νόμοι που προαναφέρθηκαν. Η διάρκεια διεξαγωγής της διαδικασίας του άρθρου 32 παρ.2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016 καλύπτει κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο την επείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα που δικαιολογούν την εν λόγω διαδικασία. Εξάλλου, επιβεβαιώνεται και από τον προσφεύγοντα η επιφέρουσα καθυστέρηση στην προμήθεια των συστημάτων MEA κατ ελάχιστον 2 εβδομάδων, σε περίπτωση επιλογής άλλης διαδικασίας προμήθειας, η οποία όμως θα είχε άμεσες συνέπειες στην «αδήριτη και επείγουσα ανάγκη για την ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών».

(11) Αναφορικά με τις διατάξεις της παραγράφου 2.4 και του άρθρου 18 του Παραρτήματος «Α» της σχετικής (ε) πρόσκλησης, επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις δεν παραπέμπουν σε συνήθη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης και δεν έχουν τον σκοπό ανάθεσης επιπλέον συμβατικού αντικειμένου όπως πχ τη προμήθεια περισσότερων από τα 6 απολύτως απαραίτητα UAV. Έχουν συμπεριληφθεί προκειμένου να εξασφαλιστεί τυχόν συμπληρωματική απαίτηση υλικών / υπηρεσιών κατά τη διάρκεια εργασιών εγκατάστασης επί των πολεμικών πλοίων των συστημάτων διεύθυνσης των UAV, (ενδεικτικά

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

αναφέρονται κεραίες, καλωδιώσεις, ειδική θωράκιση από παρεμβολές ηλεκτρομαγνητικής ακτινοβολίας, κτλ). Σε αυτό το πλαίσιο, έχει δρομολογηθεί η λειτουργία και εγκατάσταση των σταθμών ελέγχου των UAV σε πολεμικά πλοία του ..., με τις απαραίτητες για την ασφαλή επιχειρησιακή λειτουργία τεχνικές, ηλεκτρικές και ηλεκτρονικές εργασίες και παρεμβάσεις (εγκατάσταση κεραιών, καλωδίωσης, Η/Υ κτλ). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή στην σχετική (ε) Πρόσκληση της έχει τεκμηριώσει πλήρως, επαρκώς και σαφώς την αναγκαιότητα προσφυγής στην διαδικασία της απευθείας διαδικασίας χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις προβλέψεις της νομοθεσίας.

β. Ο 2ος λόγος της προσφυγής, ήτοι ο παράνομος αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την επίμαχη διαδικασία, κρίνεται ως μη βάσιμος καθώς:
(1) Πρόσκληση για ενημέρωση του ...αναφορικά με τα προϊόντα της έλαβε και η προσφεύγουσα εταιρεία, ως αποδεικνύεται από τις σχετικές παρουσιάσεις που υλοποίησε στο ...την 16η Ιουλ 19 και 4η Δεκ 19, πλην όμως όπως αναλύεται κατωτέρω τα προϊόντα που επέδειξε υπολείπονταν των αντιστοίχων του ανταγωνισμού στη παρούσα φάση.

(2) Το Σύστημα μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους της επίδειξης ήταν υποδεέστερης κατηγορίας και όχι όμοιο αυτού που περιλαμβάνεται στην προς συμβασιοποίηση προμήθεια. Ενδεικτικά, παρουσιάζεται ένας συγκριτικός πίνακας ορισμένων μη εξειδικευμένων τεχνικών χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια συστημάτων UAV και του παρουσιασθέντος από τον προσφεύγοντα τον Ιουλ 19 στο ..., ως επικαλείται η εταιρεία

	Altura Zenith ATX8 (επιλογή Υπηρεσίας)	SKY MANTIS MINI UAS (...)
Μέγιστος ωφέλιμο φορτίο	3kg	1kg
Ταχύτητα	70 km/h	35 km/h
Δυνατότητα πτήσης με βλάβη μιας έλικας	NAI	OXI
Ποιότητα κάμερας	1920X1089	640X512

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Ομοίως αναφορικά με τα UAV κατηγορίας *small helicopter*, των επιλογών της Υπηρεσίας σε σχέση με του προσφεύγοντα :

	HEF 32(επιλογή Υπηρεσίας)	UVH 170(επιλογή Υπηρεσίας)	ETHERAS (...)
Μέγιστος χρόνος πτήσης	5 ώρες	4 ώρες	~1 ώρα
Μέγιστη ταχύτητα	130 km/h	120 km/h	70 km/h
Μέγιστη επιχειρησιακή απόσταση	50 km	50 km	~20 km
Service ceiling	10.000ft	11.500ft	4.000ft

Ληφθεί υπόψη ότι στα εξειδικευμένα τεχνικά χαρακτηριστικά (πιστοποιήσεις IP, κρυπτοκάλυψη, *Electro Magnetic Interference*, κτλ), η διαφορά υπέρ των επιλογών της Υπηρεσίας αυξάνεται έτι περαιτέρω.

(3) Ως επισημάνθηκε στον προσφεύγοντα με απαντητική επιστολή της Υπηρεσίας ως σχετικό (ιε), επί αντίστοιχης της εταιρείας την 4η Δεκ 19 ως σχετικό (ιδ), η Υπηρεσία ενημερώθηκε 2 φορές επί των προϊόντων του προσφεύγοντα, την 16η Ιουλ 19 και την 4η Δεκ 19. Τα προϊόντα του προσφεύγοντα που επεδείχθησαν, στην παρούσα φάση δεν καλύπτουν το σύνολο των απαιτήσεων της Υπηρεσίας κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο, ως αποδεικνύεται παραστατικά και στους παραπάνω πίνακες. Παρόλα αυτά, επισημάνθηκε στον προσφεύγοντα, η επιθυμία της Υπηρεσίας για συνέχιση των ενημερώσεών της για τυχόν έτερα αντίστοιχα συστήματα που δύναται προμηθεύσει, στο πλαίσιο του γενικότερου εξοπλισμού του ...με UAV, στον οποίο ασφαλώς και δεν έχει αποκλειστεί. Αυτή η περαιτέρω ενημέρωση και συνεργασία μεταξύ ...και προσφεύγοντα, δεν δύναται να υλοποιηθεί σε βάρος της ανάγκης για εφαρμογή της κατεπείγουσας διαδικασίας που προβλέπει το νομικό πλαίσιο, για τη κάλυψη αδήριτης ανάγκης πρόσκτησης μικρού αριθμού UAV για την καλύτερη και αποτελεσματικότερη συνεισφορά του Πολεμικού Ναυτικού στην αντιμετώπιση του προσφυγικού / μεταναστευτικού προβλήματος.

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

γ. Ο 3ος λόγος της προσφυγής, ήτοι η παράνομη κατάτμηση του αντικειμένου της σύμβασης, κρίνεται ως μη βάσιμος καθώς:

(1) Δεν προκύπτει παράνομη κατάτμηση, καθότι τα προς προμήθεια UAV είναι μεν στο σύνολό τους μη στελεχωμένα αεροχήματα, αλλά όχι ομοειδή. Ειδικότερα, 2 εκ των 6 προς προμήθεια UAV είναι κατηγορίας «mini multicopter», χρήζοντα τον μικρότερο δυνατό χώρο προσνήωσης και απονήωσης από πολεμικά πλοία και συνεπώς κατάλληλα για πλοία κατηγορίας κανονιοφόρου. Επιπλέον 2 εκ των 6 προς προμήθεια UAV, είναι κατηγορίας «small helicopter», δυνάμενα να επιτυγχάνουν μεγαλύτερες αποστάσεις περιπολίας, πλην όμως χρήζοντα χώρο προσνήωσης και απονήωσης μεγέθους ελικοδρομίου Φρεγάτας, ήτοι κατάλληλα για πολεμικά πλοία τύπου Φρεγάτας. Τέλος, 2 επίσης εκ των 6 προς προμήθεια UAV, είναι κατηγορίας «small helicopter», πλην όμως με ειδικές προδιαγραφές για αντιδιαβρωτική προστασία, επιπλέοντα σε περίπτωση πτώσης στη θάλασσα, ήτοι με μικρότερο ρίσκο ολικής απώλειας σε επιχειρήσεις με κακές καιρικές συνθήκες, καλύτερη κρυπτοκάλυψη, ήτοι καλύτερη δυνατότητα επιχειρήσεων σε περιβάλλον ηλεκτρονικών παρεμβολών, κτλ.

(2) Τα ικανότερα μέσα κατηγορίας UAV για τις συγκεκριμένες απαιτήσεις είναι οι επιλογές που έχουν προκριθεί από την Υπηρεσία, με τον συγκεκριμένο τρόπο υλοποίησης της προμήθειας που προβλέπει η νομοθεσία για την αδήριτη ανάγκη που προκύπτει από το προσφυγικό και την απαίτηση για την καλύτερη δυνατή συνδρομή του ...στην αντιμετώπιση του.»

15. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του υποστηρίζει ότι : «

I. I. Επί του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής μας

Η αναθέτουσα αρχή με όσα αβάσιμα αναφέρει επί του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής μας, υπό 3.α.(α)-(11) επικαλείται ότι η προσφυγή στη 2 διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, είναι νόμιμη και πληροί τις περιοριστικά απαριθμούμενες και αυστηρά εφαρμοζόμενες προϋποθέσεις της ως άνω διάταξης, καθώς είναι σύμφωνη με το κανονιστικό πλαίσιο των ειδικών διατάξεων του Ν. 4332/2015, Ν. 4368/2016 και Ν. 4639/2019. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

ότι η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίστηκε, σύμφωνα με την παρ. 2 του σχετικού (α) των υπό κρίση απόψεών της, ως «αδήριτη και επείγουσα ανάγκη για την ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών». Το δε αναφερόμενο σχετικό (α) είναι το με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.819/359/71695/Σ.19497/08.11.2019 έγγραφο, με θέμα: «Διαμόρφωση Προϋπολογισμού (Π/Υ) ΥΠΕΘΑ Οικονομικού Έτους 2019 - Συνδρομή του ΥΠΕΘΑ στη Διαχείριση της Προσφυγικής Κρίσης», το οποίο στην παρ. 2 αυτού αναφέρει κατά λέξη ότι: «Για την υλοποίηση των δαπανών παρακαλούμε όπως αξιολογηθούν οι ειδικές διατάξεις των σχετικών (γ) έως (ε), εξαιτίας της αδήριτης και επείγουσας ανάγκης ανάσχεσης των αυξημένων προσφυγικών ροών.», παραπέμποντας υπό (γ) έως (ε) στις διατάξεις των ανωτέρω αναφερόμενων νόμων. Σημειώνεται δε ότι το ίδιο έγγραφο αναφέρεται ως σχετικό (ε) στην προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή μας Πρόσκληση και γίνεται ρητή παραπομπή σε αυτό, δυνάμει της υποπαρ. 3.1.2 της παρ. 3.1 της Διακήρυξης με τίτλο «Είδος Διαδικασίας» του άρθρου 3 με τίτλο «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ – ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ», όπου ορίζεται ότι: «Η ανάθεση της σύμβασης θα δρομολογηθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων ανωτέρω παρ. 3.1.1, καθόσον η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίζεται αδήριτη και επείγουσας ανάγκης ως σχετικό (ε)». Τα ανωτέρω άλλωστε αναφέρονται και από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, υπό 3.α.(2) στο έγγραφο των απόψεών της. Περαιτέρω, επισημαίνεται από την αναθέτουσα αρχή ότι για την εν λόγω προμήθεια δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), κατ' εφαρμογή των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας (άρθρο 14 του Ν. 4332/2015, άρθρο 96 του Ν. 4368/2016, άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 122 του Ν. 4636/2019). Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή, με την παράθεση των ανωτέρω νομοθετικών διατάξεων που διέπουν την επίμαχη διαδικασία και δίνουν τη δυνατότητα σε μία αναθέτουσα αρχή, να παρακάμψει τις συνήθεις διαγωνιστικές διαδικασίες και να εφαρμόσει την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, αλλά και με το σύνολο των προβαλλόμενων από αυτήν όλως αβάσιμων ισχυρισμών, παραλείπει και εν τέλει αποτυγχάνει να θεμελιώσει επαρκώς την κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα και απέκλεισε τη δυνατότητα τήρησης εκ μέρους της των προθεσμιών για τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην επίμαχη διάταξη, όπως αναλύονται στον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής μας. Ειδικότερα, με μία απλή ανάγνωση των διατάξεων, στις οποίες παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή για τη δήθεν θεμελίωση των λόγων που κατ' αυτήν δικαιολογούν την προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας διαπραγματεύσεως, οδηγεί στο εύλογο συμπέρασμα ότι η συλλογιστική της αναθέτουσας αρχής ακολουθεί μία κυκλικότητα, η οποία λαμβάνει σαν δεδομένο το ζητούμενο και επιχειρεί μέσα από διατάξεις που απλώς συνθέτουν το νομοθετικό πλαίσιο, μέσα από το οποίο παρέχεται τη δυνατότητα προσφυγής στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία κατά παρέκκλιση από τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες ή/και ρυθμίζουν το ζήτημα της ανεύρεσης πόρων για τη χρηματοδότηση τέτοιων συμβάσεων, να θεμελιώσει την κατεπείγουσα ανάγκη που οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα. Εντούτοις, καθίσταται σαφές από το περιεχόμενο των επίμαχων διατάξεων ότι, καίτοι αυτές θεσπίζουν το ρυθμιστικό πλαίσιο για την ασφαλή διεξαγωγή τέτοιων εξαιρετικών διαδικασιών, παρά την περιστολή των εχεγγύων αδιάβλητης διεξαγωγής της διαδικασίας, όπως πχ. εν προκειμένω η μη τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας, εξακολουθούν να σκοπούν στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των συμμετεχόντων και την αποφυγή καταστρατήγησης κατά το δυνατόν των κανόνων για την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Υπό το πρίσμα αυτό, ουδόλως αλλοιώνεται η *ratio legis* της θέσπισης των εν λόγω εξαιρετικών διαδικασιών, η οποία αποτελεί τον πυρήνα που ενεργοποιεί την εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) και δεν είναι άλλη από την με ειδική, επαρκή, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, απόδειξη της συνδρομής όλως εξαιρετικών περιστάσεων που δημιουργούν κατεπείγουσα ανάγκη παρέκκλισης από τους κανόνες διεξαγωγής τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, όπως ήδη εκτενώς αναπτύχθηκε στον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής μας, στην καρδιά της υπό εξέταση διάταξης, παραμένει η υποχρέωση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, να επικαλεστεί και να αποδείξει τόσο τα απρόβλεπτα γεγονότα που

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών για τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες, όσο και τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ αυτών και της κατεπείγουσας ανάγκης που αναγκάζει την αναθέτουσα αρχή να εφαρμόσει μία τέτοια εξαιρετική διαδικασία. Και πάντα φυσικά, υπό την αναγκαία προϋπόθεση, ότι η ανάθεση γίνεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο και οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή δεν πηγάζουν από δική της ευθύνη. Οι ανωτέρω παραδοχές επιβεβαιώνονται και από διάσπαρτες διατάξεις του ίδιου του κανονιστικού πλαισίου που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ως απόδειξη της συνδρομής των προϋποθέσεων προσφυγής στη διαδικασία της απευθείας διαπραγμάτευσης. Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι στην παρ. 10 του άρθρου 14 του Ν. 4332/2015 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι: «Οι ανωτέρω δαπάνες καταβάλλονται από τις πιστώσεις του προϋπολογισμού των οικείων οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των φορέων τους ύστερα από απόφαση του οικείου οργάνου κατόπιν σχετικής γνώμης της οικείας Αστυνομικής ή Λιμενικής Αρχής κατά περίπτωση, η οποία στοιχειοθετεί τον έκτακτο επείγοντα χαρακτήρα των σχετικών συμβάσεων.». Ομοίως, στην παρ. 1 α) του άρθρου 96 του Ν. 4368/2016, ρητά αναφέρεται ότι: «Η διαδικασία σύναψης συμβάσεων του προηγούμενου εδαφίου δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις.» (Η ίδια αναφορά στη συγκεκριμένη διάταξη γίνεται και εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, στις απόψεις της, υπό 3.α.(5)). Τέλος, και στην ίδια την επίμαχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), η πρόνοια του νομοθέτη είναι κοινή, καθώς ρητά ορίζεται ότι: «Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.». Ο κοινός πυρήνας και η ενιαία δικαιολογητική βάση των σχετικών ρυθμίσεων είναι προφανής. Ενόψει δε των ανωτέρω εκτεθέντων, είναι επίσης δεδομένο ότι η παράλειψη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

επαρκώς τα απρόβλεπτα γεγονότα που προκάλεσαν την κατεπείγουσα ανάγκη, καθιστά αυτονοήτως άνευ αντικειμένου την εξέταση του αν η διαπραγμάτευση διεξάγεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο ή όχι, καθώς η συγκεκριμένη προϋπόθεση είναι παρεπόμενη και η εξέταση της συνδρομής της κατά λογική αναγκαιότητα έπεται της διαπίστωσης της ύπαρξης κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε όλως έκτακτα γεγονότα. Εξάλλου, στο σημείο 3.α.(6) των απόψεών της, η αναθέτουσα αρχή και πάλι προβαίνει σε όλως εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της επικαλούμενης διάταξης. Με το άρθρο 122 παρ. του Ν. 4636/2019, όντως προβλέφθηκε ότι: «Μέχρι τις 31.12.2020 οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, κατά παρέκκλιση της υποπερίπτωσης δδ' περίπτωση γ', παράγραφος 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 (Α' 204)». Η εν λόγω διάταξη όμως, δεν αναγνωρίζει συλλήβδην τον σύννομο χαρακτήρα της εξαιρετικής διαδικασίας της απευθείας διαπραγμάτευσης, όπως πανηγυρικά σπεύδει να επισημάνει η αναθέτουσα αρχή, αλλά αφορά απλά και μόνο μία πρόσθετη προβλεπόμενη περιστολή των εχεγγύων διαφάνειας, προς διευκόλυνση και επιτάχυνση της συμβασιοποίησης των προκηρυσσόμενων αντικειμένων, ήτοι την εξαίρεση αυτών των διαδικασιών από την απαραίτητη προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Καταλήγοντας, η αναθέτουσα αρχή σε κανένα σημείο των αντικρουόμενων απόψεών της, δεν παραθέτει ούτε ένα πειστικό επιχείρημα, ούτε στοιχειοθετεί καθ' οιονδήποτε τρόπο σε τι συνίστανται τα απρόβλεπτα γεγονότα που προκάλεσαν την κατεπείγουσα ανάγκη για την προσφυγή στην απευθείας διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Αδυνατεί δηλαδή, να τεκμηριώσει επαρκώς, πως δικαιολογείται η ειδική επιλογή εκ μέρους της, του όλως εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί καλύτερα στη συγκεκριμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον. Με άλλη αφετηρία, δεν απάντησε η αναθέτουσα αρχή στο ερώτημα ποια ήταν η έκτακτη ή φανερά κατεπείγουσα ανάγκη που κατέστησε επιτακτική για αυτήν την προσφυγή στην απευθείας

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

διαπραγματεύσει, ενώ αντίθετα με ποιο τρόπο μία συνήθης διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως εν προκειμένω η εθνική ασφάλεια. Ειδικά, αφ' ης στιγμής, υπήρχε για την αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα, να κάνει χρήση της δυνατότητας που της παρέχει το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016 και να επιτύχει σύντμηση των προθεσμιών για την ανοιχτή διαδικασία μέχρι και δέκα (10) ημερών ή για την κλειστή διαδικασία μέχρι και επτά (7) ημερών, ήτοι ολοκληρώνοντας τη διαγωνιστική διαδικασία εντός ενός πολύ σύντομου χρονικού πλαισίου, με την παράλληλη εξασφάλιση μεγαλύτερων εχεγγύων διαφάνειας και επίτευξης συνθηκών ευρύτερου ανταγωνισμού. Επιπλέον επί του σημείου 3.α.(10), (β) των απόψεων επισημαίνουμε ότι ο αναφερόμενος εκεί ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, έρχεται σε ευθεία αντίφαση με τη θέση της ίδιας στο σημείο 3.α.(10), (α). Συγκεκριμένα, το να επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ότι οι δύο (2) εβδομάδες θα έχουν άμεσες συνέπειες στην επικαλούμενη από αυτήν αδήριτη και επείγουσα ανάγκη, ήτοι την αύξηση των μεταναστευτικών ροών, είναι εώλο και δεν εδράζεται σε αντικειμενικά στοιχεία, δεδομένου ότι στην προσβαλλόμενη Πρόσκληση ορίζεται ως χρόνος παράδοσης οι τρεις (3) μήνες, ενώ το μεταναστευτικό ζήτημα, το διαχειρίζεται το ...από το έτος 2008 με αυξομειώσεις κατά περιόδους σε μικρότερη ή μεγαλύτερη ένταση. Η ως άνω παραδοχή καταδεικνύει την προβλεψιμότητα του φαινομένου, ακόμα και σε ενδεχόμενες περιόδους έξαρσης των μεταναστευτικών ροών, όπως αυτή στοιχειοθετείται από στατιστικά στοιχεία της FRONTEX και άλλων έγκριτων Υπηρεσιών. Ενδεικτικά παραθέτουμε το παρακάτω γράφημα (Εικόνα 1), το οποίο υποδεικνύει τις μεταναστευτικές ροές ανά έτος και έχει δημιουργηθεί βάση των στατιστικών στοιχείων που δημοσιεύει μηνιαία η FRONTEX στον ιστότοπο της (<https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/migratory-map/>). Συναφώς, επί του σημείου 3.α.(11) των απόψεων επισημαίνουμε ότι ο αναφερόμενος εκεί ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής δεν γίνεται εύκολα αντιληπτός από την εταιρεία μας, καθώς δυσκολευόμαστε να καταλάβουμε τη βαρύτητα που αποδίδει η αναθέτουσα αρχή στις αναφερόμενες εκεί παραμέτρους, οι οποίες αν και πράγματι θεωρούνται σημαντικές, δεν υπάρχει καμία αναφορά στη μελέτη ή τις απαιτήσεις της εγκατάστασης και λειτουργίας

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

των συστημάτων από φρεγάτες του ...και δεν γίνεται καμία αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, όπως αυτές επισυνάπτονται και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τα αναφερόμενα στα σημεία 3.α.(1)-(11) των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, κρίνονται απορριπτέα ως αβάσιμα. Κατά τα λοιπά παραπέμπουμε και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων στα όσα αναφέρουμε στον πρώτο λόγο της ασκηθείσας προσφυγής μας. I

I. Επί του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής μας

Επίσης, η αναθέτουσα αρχή με όσα εξίσου αβάσιμα αναφέρει επί του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής μας, υπό 3.β.(1)-(3) ισχυρίζεται ότι ο αποκλεισμός της εταιρείας μας από την προσβαλλόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι νόμιμος. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής, καταρρίπτεται άνευ άλλου τινός από τα κατωτέρω παρατιθέμενα ενώπιον του Κλιμακίου σας, στοιχεία, τα οποία καταδεικνύουν τη συμμόρφωση των προσφερόμενων ειδών της εταιρείας μας με τις τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης Πρόσκλησης και ενισχύουν έτι περισσότερο τον προβαλλόμενο με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής μας, ισχυρισμό, ότι σε κάθε περίπτωση, η εταιρεία μας δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων στο αντικείμενο της προμήθειας της Πρόσκλησης, ήταν σε θέση να ανταποκριθεί εγκαίρως και προσηκόντως στην εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης και ως εκ τούτου, έπρεπε να περιληφθεί στον κατάλογο των συμμετεχόντων της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης. Ειδικότερα, επί του προβαλλόμενου ισχυρισμού στο σημείο 3.β.(1) των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, περί του ότι το Σύστημα μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους της εταιρείας μας ήταν υποδεέστερης κατηγορίας και όχι όμοιο αυτού που περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη Πρόσκληση, αναφέρουμε τα εξής. Προς διευκόλυνση του Κλιμακίου σας, κρίνεται σκόπιμη, προκειμένου να γίνουν απολύτως αντιληπτά τα ανακύπτοντα ζητήματα, η ακόλουθη διευκρίνιση. Τα συστήματα Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών, προσφέρονται σε διαφορετικές διαμορφώσεις, κατά τρόπο ώστε να καλύπτουν διαφορετικές απαιτήσεις έκαστου πελάτη. Οι διαφοροποιήσεις αυτές έχουν να κάνουν κατά κύριο λόγο με τα φορτία τα

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

οποία φέρουν και τον τύπο αυτών, την αυτονομία του, μέγιστη ταχύτητα πτήσης, κλπ. Κατά αναλογία τα Ι.Χ. αυτοκίνητα προσφέρονται και αυτά σε διαφορετικές διαμορφώσεις αναλόγως των απαιτήσεων του πελάτη και του προϋπολογισμού/δαπάνης (πχ, κυβισμός, αυτόματο/χειροκίνητο κιβώτιο ταχυτήτων, κλπ.). Ως εκ τούτου, για να αποφανθεί κάποιος για την καταλληλότητα ή μη ενός ΜΕΑ σύμφωνα με τις απαιτήσεις του, πρέπει να προβεί σε αξιολόγηση της δυνατότητας παραμετροποίησης των προσφερόμενων ΜΕΑ, ύστερα από «διάλογο» μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας/πρόσκληση σε διαπραγμάτευση με τον κατασκευαστή και όχι να προβαίνει σε αυθαίρετες διαπιστώσεις, δεδομένου ότι όπως ομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή δεν πρόκειται για είδη που πωλούνται ετοιμοπαράδοτα στη λογική του «off the shelf» προσφερόμενου είδους. Αυτό είναι γνωστό σε όσους ασχολούνται με δημόσιες προμήθειες των συγκεκριμένων ειδών. Το συμπέρασμα εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ότι το προσφερόμενο από εμάς είδος και η διαμόρφωση αυτού, όπως αυτό παρουσιάστηκε στην επίδειξη της 16.07.2019 (Sky Mantis UAS), δεν ανταποκρίνεται στις τεχνικές προδιαγραφές της πρόσκλησης με τίτλο «Πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη Σύμβασης μεταξύ του ... (...) και της εταιρείας «...S.A.» με αντικείμενο την Προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβολή του έργου των πλοίων του ...αναφορικά με την επιτήρηση και τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 1.329.680,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσόμενου ΦΠΑ)» που η αναθέτουσα αρχή είχε δημοσιεύσει στα πλαίσια άλλης σχετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης, και την οποία προφανώς εκ παραδρομής η αναθέτουσα συμπεριλαμβάνει στις προς απόκρουση με το παρόν μας απόψεις της, και την οποία πρόσκληση σημειωτέον ότι η εταιρεία μας έχει ήδη προσβάλει με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και εκκρεμεί προς εξέταση ενώπιον του Κλιμακίου Σας με Γ.Α.Κ. Α.Ε.Π.Π. 1529/13.12.2019, αφορά άλλο αντικείμενο προμήθειας από αυτό που εξετάζεται με την υπό κρίση προσφυγή μας και την προσβαλλόμενη Πρόσκληση είναι δε σε κάθε περίπτωση αυθαίρετο και λανθασμένο έστω και

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

στα πλαίσια της ανωτέρω πρόσκλησης. Και αυτό για τους ακόλουθους δύο λόγους, ήτοι αφενός κατά τη χρονική στιγμή πραγματοποίησης της επίδειξης, η εταιρεία μας δεν γνώριζε τις προθέσεις του ...για την εν λόγω προμήθεια και άρα δεν είχε λόγο να επιδείξει και το σύστημα στην ανάλογη διαρρύθμιση, αφετέρου, η συγκεκριμένη επίδειξη έλαβε χώρα στα πλαίσια γενικευμένης προώθησης προϊόντος με την παρουσία πολλών άλλων φορέων (όπως Π.Σ., ΕΛ.ΑΣ., κλπ.) με διαφορετικές επιχειρησιακές απαιτήσεις έκαστος και για τον λόγο αυτό επιδείχθηκε μοντέλο με «βασική διαρρύθμιση». Το Σύστημα μη Επανδρωμένου Αεροσκάφους της επίδειξης είναι της ίδιας κατηγορίας του πολυκοπτήρου που ζητεί το ...και κατά πολύ ανώτερων χαρακτηριστικών και επιδόσεων από αυτό. Η κρίση της Υπηρεσίας περί 9 υποδεέστερης κατηγορίας και ανόμοιου συστήματος αυτού που περιλαμβάνεται στην προς συμβασιοποίηση προμήθεια είναι εσφαλμένη. Παραπέμπουμε στον παρακάτω συνημμένο Πίνακα προς τεκμηρίωση των ανωτέρω ισχυρισμών μας. Ως εκ περισσού τονίζεται ότι καίτοι, υποθεθείσθω ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας είδος, κρινόταν ως υποδεέστερων τεχνικών προδιαγραφών από τις προβλεπόμενες στην επίμαχη Πρόσκληση, η αναθέτουσα αρχή δεν θα ήταν σε θέση να το γνωρίζει, λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν ήταν δυνατόν να γνωρίζει εκ προοιμίου τον τύπο του πολυκοπτήρου που θα προσφέραμε. Τέτοια γνώση θα αποκτούσε μόνο κατόπιν συμμετοχής μας στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου και τα ακόλουθα συγκριτικά στοιχεία παρατίθενται αποκλειστικά και μόνο προς αποκατάσταση της ορθότητας των δεδομένων.

Ο σχετικός συγκριτικός πίνακας του ...είναι αυθαίρετος και λανθασμένος. Σε πλήρη αντίθεση με τα όσα αβάσιμα αναφέρονται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αναφέρουμε τα παρακάτω:

- Σειρά 2. Η μέγιστη ταχύτητα του συστήματος Sky Mantis είναι 80km/h και όχι 35km/h ως αναφέρεται.
- Σειρά 3. Εάν το κριτήριο πτήσης με βλάβη σε μια έλικα του πολυκόπτερου είναι απαραίτητος όρος, αυτό θα έπρεπε να αναφέρεται αντιστοίχως και στην πρόσκληση, κάτι το οποίο δεν συμβαίνει. Σε κάθε περίπτωση, η εταιρεία μας είναι σε θέση να προσφέρει σύστημα με ανάλογη δυνατότητα.

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

• Σειρά 4. Η σύγκριση, η οποία γίνεται μεταξύ της ποιότητας των δυο καμερών (Althura Zenith με αυτήν του Sky Mantis) υποδηλώνει είτε ελλιπή γνώση, είτε κακόβουλη παραπληροφόρηση. Αυτό διότι συγκρίνονται δύο ανόμοιοι τύποι φορτίων με εγγενή διαφοροποίηση στην ποιότητα εικόνας. Δηλαδή, συγκρίνεται η κάμερα ημέρας του Altura Zenith με την θερμική κάμερα (νυκτός) του Sky Mantis. Εάν το ...είχε προβεί σε σωστή διαδικασία σύγκρισης φορτίων, τότε θα διαπίστωνε ότι η κάμερα ημέρας του Sky Mantis διαθέτει πράγματι ανάλυση 1920X1080, η οποία είναι η ίδια με αυτήν του Altura Zenith. Ενώ παράλληλα, εάν είχε προβεί σε σύγκριση των θερμικών καμερών και των δυο συστημάτων, θα είχε αποφανθεί ότι και τα δυο συστήματα φέρουν κάμερες θερμικές με ανάλυση 640X512. Επιπλέον, αναφέρεται ενδεικτικά ότι το MEA Sky Mantis υπερτερεί του MEA Altura Zenith σε: α. Αυτονομία πτήσης β. Εμβέλεια πτήσης γ. Δυνατότητα πτήσης σε δυσχερείς καιρικές συνθήκες δ. Υποσυστήματα & κρυπτογράφηση ασφαλείας ε. Ταχύτητα πτήσης κλπ

Ορθός πίνακας για πολυκόπτερα

	Altura Zenith ATX8 (επιλογή Υπηρεσίας)* στοιχεία από ιστότοπο της κατασκευάστριας εταιρίας	SKY MANTIS MINI UAS (...)
Μέγιστο ωφέλιμο φορτίο	3kg	1kg
Ιδανική ταχύτητα πτήσης	18 km/h	35 km/h
Μέγιστη ταχύτητα πτήσης	70 km/h	80 km/h
Ποιότητα κάμερας ημέρας	1920X1080	1920X1080
Ποιότητα κάμερας νύχτας	640X512	640X512
Εμβέλεια πτήσης	5km (σύμφωνα με τα	10km

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

	απαιτούμενα της πρόσκλησης)	
Αυτονομία πτήσης (με κάμερες)	Κάτω των 35 λεπτών (σύμφωνα με τον ιστότοπο του κατασκευαστή)	Έως 60 λεπτά
Αντοχή στον άνεμο	Έως 16 m/s	Έως 20 m/s
Πιστοποίηση IP	IP 55	IP 55
Αντοχή στη βροχή	Ελαφριά βροχόπτωση	Ελαφριά βροχόπτωση
Κρυπτογράφηση ασφαλείας	AES-128 (σύμφωνα με τα απαιτούμενα της πρόσκλησης)	AES-256 (υπερβαίνοντας τα απαιτούμενα της πρόσκλησης)
Υποσυστήματα ασφαλείας	Κανένα	INS σε περίπτωση απώλειας GPS για την ασφαλή λειτουργία και ανάκτηση του MEA

Όμοιως με τα ως άνω εκτεθέντα, ο σχετικός συγκριτικός πίνακας του ...αναφορικά με τα ελικόπτερα είναι επίσης αυθαίρετος και λανθασμένος. Προς ανταπόδειξη των όσων όλως αβάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, επισημαίνουμε τα κάτωθι:

- Σειρά 1. Η αυτονομία του συστήματος Ethernas είναι αυθαίρετη και κατά πολύ μεγαλύτερη από αυτή που υποδηλώνει το ..., ενώ μπορεί να αυξηθεί ακόμα περαιτέρω με επιπλέον δεξαμενές καυσίμου.
- Σειρά 2. Η μέγιστη ταχύτητα του συστήματος Ethernas είναι πολύ μεγαλύτερη, καθώς αποτελεί παραμετροποιήσιμη τιμή, ώστε να καλύπτει τις απαιτήσεις του εκάστοτε πελάτη.
- Σειρά 3. Η μέγιστη επιχειρησιακή απόσταση του συστήματος αποτελεί προϊόν των υποσυστημάτων επικοινωνιών και δύναται να φτάσει έως και τα πενήντα (50) χιλιόμετρα.
- Σειρά 4. Το μέγιστο επιχειρησιακό ύψος είναι προϊόν της μάζας απογείωσης του συστήματος και εφόσον η διάταξη η οποία απαιτείται από το ... δεν απαιτεί

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

το σύστημα Etheras να ίππεται στην τιμή της μέγιστης μάζας απογείωσής του, το ελικόπτερο θα μπορεί να έχει πολύ μεγαλύτερο μέγιστο επιχειρησιακό υψόμετρο από το δηλωθέν. Τέλος, επισημαίνουμε εκ νέου, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν είναι εκ των προτέρων σε θέση να γνωρίζει τον τύπο του ελικοπτήρου που θα προσφέραμε, δεδομένου ότι δεν συμμετείχαμε στην προσβαλλόμενη με την υπό κρίση προσφυγή μας «Πρόσκληση για Διαπραγμάτευση» και συνεπώς, οποιαδήποτε σύγκριση παρατίθεται στο παρόν Υπόμνημά μας, έχει αξία αποκλειστικά και μόνο προς αποκατάσταση των πραγματικών δεδομένων.

Ορθός πίνακας για ελικόπτερα

	HEF 32 (επιλογή Υπηρεσίας)	UVH 170 (επιλογή Υπηρεσίας)	ETHERAS (...)
Μέγιστο ωφέλιμο φορτίο	5kg	5kg	9kg
Μέγιστο χρόνος πτήσης	3ώρες (με 2kgφορτίο σύμφωνα με τον ιστότοπο του κατασκευαστή)	4ώρες (με 2kgφορτίο σύμφωνα με τον ιστότοπο του κατασκευαστή)	2.5ώρες (με 2kgφορτίο)
Μέγιστη ταχύτητα πτήσης	130km/h	120 km/h	110km/h
Εμβέλεια πτήσης	50 km	50 km	50 km
Service ceiling	10.000ft	11.500ft (ο ιστότοπος του κατασκευαστή δηλώνει 8200ft)	9.000ft
Κρυπτογράφηση ασφαλείας	AES-128 (σύμφωνα με τα απαιτούμενα της πρόσκλησης)	AES-128 (σύμφωνα με τα απαιτούμενα της πρόσκλησης)	AES-256 (υπερβαίνοντας τα απαιτούμενα της πρόσκλησης)

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Έτι περαιτέρω, αναφορικά με τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχή που περιλαμβάνεται στο σημείο 3.β.(1), σε συνάρτηση με τον δεύτερο συγκριτικό πίνακα «Ληφθεί υπόψη ότι στα εξειδικευμένα τεχνικά χαρακτηριστικά (πιστοποιήσεις IP, κρυπτοκάλυψη, Electro Magnetic Interference, κτλ), η διαφορά υπέρ των επιλογών της Υπηρεσίας αυξάνεται έτι περαιτέρω.», επικαλούμαστε τα εξής. Εν προκειμένω, διαφαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, έχει πράγματι προβεί σε αξιολόγηση προϊόντων από δύο διαφορετικούς προμηθευτές, έχοντας ζητήσει τεχνικές προδιαγραφές μόνο από τον έναν εκ των δύο και ειδικότερα την εταιρεία, την οποία προκρίνει σε δυνητικό ανάδοχο. Ωστόσο, σύμφωνα με τους ορθούς πίνακες, όπως παρατίθενται ανωτέρω, συνάγεται ευχερώς ότι η υποστηριζόμενη άποψη της αναθέτουσας αρχής περί αύξησης της διαφοράς υπέρ των διαθέσιμων επιλογών της, βάσει πιστοποιήσεων IP, κρυπτοκάλυψης, EMI κλπ., σε καμία περίπτωση δεν προκύπτει άνευ άλλου τινός και συνιστά ένα ακόμα αυθαίρετο συμπέρασμα της αναθέτουσας αρχής. Συναφώς, σχετικά με τα υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή στο σημείο 3.β.(3) των απόψεών της αναφέρουμε τα ακόλουθα. Όπως ήδη επισημάνθηκε εναργώς, χωρίς προηγούμενη αξιολόγηση δεν είναι δυνατόν η αναθέτουσα αρχή να αποφανθεί αν τα προσφερόμενα από την εταιρεία μας είδη, καλύπτουν ή όχι, τις απαιτήσεις της. Αυτό συνάγεται αναμφίβολα και από τις παραπάνω παρατηρήσεις μας επί των τεχνικών προδιαγραφών της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης, οι οποίες καταδεικνύουν και τις αυθαίρετες υποθέσεις της αναθέτουσας αρχής, επί των τεχνικών προδιαγραφών των συστημάτων μας. Επιπρόσθετα, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον δεν περιληφθήκαμε στον κατάλογο των προσκληθέντων της επίμαχης διαδικασίας, δεν είναι σε θέση να ξέρει ποιο σύστημα θα προτείναμε προς πλήρωση των προδιαγραφών της Πρόσκλησης, δεδομένου ότι η εταιρεία μας συνεργάζεται με πληθώρα κατασκευαστών ΜΕΑ του εξωτερικού. Τέλος, ακόμα και αν προσφέραμε τα ΜΕΑ που υποθέτει η Υπηρεσία, αυτά υπερκαλύπτουν όλες τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές έχουν οριστεί από την ίδια στις τεχνικές προδιαγραφές της Πρόσκλησης. Τέλος, τυγχάνει εντελώς ατυχής και προσχηματικός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι δήθεν ενημερώθηκε επί των προϊόντων της εταιρείας μας 2 φορές, την 16η Ιουλίου

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

2019 και την 4η Δεκεμβρίου 2019 προκειμένου να λάβει μια εμπειριστατωμένη απόφαση για τη μη ένταξή μας στη σχετική της Πρόσκληση, καθώς ήδη από την 2.12.2019 είχε δημοσιεύσει και απευθύνει την σχετική Πρόσκληση στην εταιρεία ...Ltd., από την οποία είχε ζητήσει να υποβάλει συγκεκριμένη προσφορά έναντι συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών και η οποία θα αποσφραγιζόταν και θα αξιολογείτο στις 5.12.2019 χωρίς φυσικά συμμετοχή της εταιρείας μας στην ανωτέρω διαδικασία. Σημειωτέον ότι κατά την 16η Ιουλίου 2019 δεν ζητήθηκαν από την αναθέτουσα και ως εκ τούτου δεν παρουσιάστηκαν καθόλου από την εταιρεία μας τα προϊόντα που η σχετική Πρόσκληση αναφέρει και τα οποία ζητήθηκαν από την ...Ltd στα πλαίσια της σχετικής Προσκήσεως. Περαιτέρω κατά την 4η Δεκεμβρίου 2019, η οποία προγραμματίστηκε μεταξύ της εταιρείας μας και της αναθέτουσας την 18.11.2019, ήτοι, πολύ πριν δημοσιευθεί η σχετική Πρόσκληση της αναθέτουσας δεν ζητήθηκε από την εταιρεία μας να παρουσιάσει τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά που η αναθέτουσα ζήτησε και έλαβε από την ...Ltd στα πλαίσια της σχετικής Προσκήσεως που εν τέλει της απεύθυνε στις 2.12.2019. . Συνεπώς η παρουσίαση των προϊόντων της εταιρείας μας, εκτός της διαδικασίας της απευθείας Προσκήσεως μια μόλις ημέρα πριν την εκπνοή κατάθεσης της προσφοράς της ...Ltd., ήτοι την 4.12.2019, ουδεμία επιρροή θα μπορούσε εν τοις πράγμασι να ασκήσει ή άσκησε στην απόφαση της αναθέτουσας να επιλέξει την ...Ltd., καθώς αφενός ήδη είχε επιλέξει να αξιολογήσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προϊόντων της συγκεκριμένης εταιρείας και μόνο, ήδη τουλάχιστον από την 2.12.2019, οπότε και δημοσίευσε την σχετική πρόσκληση προς διαπραγμάτευση προς την εν λόγω εταιρεία, αφετέρου διότι η παρουσίαση της εταιρείας μας και την 4.12.2019 ήταν γενικότερης φύσεως και όχι συνδεδόμενη με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά που η αναθέτουσα ζητούσε με την σχετική Πρόσκλησή της προς την ...Ltd. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τα αναφερόμενα στα σημεία 3.β.(1)-(3) των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, κρίνονται στο σύνολό τους απορριπτικά ως αβάσιμα. Κατά τα λοιπά παραπέμπουμε και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων στα όσα αναφέρουμε στον δεύτερο λόγο της ασηκθεισας προσφυγής μας.

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

III. Επί του τρίτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής μας

Τέλος, η αναθέτουσα αρχή με όσα εξίσου αβάσιμα αναφέρει επί του τρίτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής μας, υπό 3.γ.(1) υποστηρίζει ότι δεν υφίσταται παράνομη κατάτμηση του αντικειμένου της σύμβασης. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Δεν αντιλαμβανόμαστε την αιτιολόγηση της Υπηρεσίας ως προς την διαφοροποίηση των συστημάτων τύπου ελικοπτέρων ΜΕΑ, καθόσον οι τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης σε σχέση με την επίσης προσβαλλόμενη από την εταιρεία μας Πρόσκληση με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.602.2/46/291978/Σ.3358 είναι ταυτόσημες. Αυτό επιβεβαιώνεται μεταξύ άλλων και από τον προϋπολογισμό κόστους μεταξύ των δυο συστημάτων, ο οποίος κυμαίνεται μεταξύ 460 Κ€ για το HEF 32 και 400 Κ€ για το UVH 170 H, με το σύστημα των «ειδικών προδιαγραφών», καταληκτικά να κοστίζει λιγότερο από εκείνο των βασικών προδιαγραφών. Επίσης, επισημαίνουμε ότι κάποιες από τις «ειδικές προδιαγραφές» τις οποίες επικαλείται η Υπηρεσία για τη διαφοροποίηση των δύο προσβαλλόμενων από την εταιρεία μας προσκλήσεων, δεν «αναπτύσσονται» από την αναθέτουσα αρχή ως προδιαγραφή στην 2η Πρόσκληση, επί της οποίας υποβάλλουμε το παρόν Υπόμνημα. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τα αναφερόμενα στα σημεία 3.γ.(1)-(2) των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, κρίνονται απορριπτέα ως αβάσιμα. Κατά τα λοιπά παραπέμπουμε και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων στα όσα αναφέρουμε στον τρίτο λόγο της ασκηθείσας προσφυγής μας».

16. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

17. Επειδή το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

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, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...] γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη [...]».

18. Επειδή το άρθρο 32 Α του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής των άρθρων 22 παράγραφοι 1, 36, 72 παράγραφος 1 περίπτωση α΄, 79 παράγραφοι 1 έως 4, και 221 παράγραφοι 8 και 9, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32: [...] β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ΄ της παραγράφου 2, [...]. Στις περιπτώσεις α΄ και β΄ η διαδικασία διεξάγεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης[...]».

19. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

20. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

21. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».

22. Επειδή το άρθρο 14 του ν. 4332/2015, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 122 του ν. 4636/2019, ισχύει, ορίζει ότι « [...] 10. Τα Ν.Π.Δ.Δ., οι Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού, στα διοικητικά όρια των οποίων λειτουργούν Κέντρα Πρώτης Υποδοχής (ΚΕ.Π.Υ.), Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και Ανοιχτές Δομές Προσωρινής Υποδοχής και Φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών ή διαθέτουν χώρους για την κάλυψη έκτακτων αναγκών στέγασης και προσωρινής φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών, καθώς και οι φορείς των Ο.Τ.Α. αυτών, δύνανται για την αντιμετώπιση έκτακτων και επείγουσών αναγκών, κατά παρέκκλιση κάθε αντίθετης διάταξης, να προβαίνουν σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες και να συνάπτουν με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων κινητών και ακινήτων σε ό,τι αφορά την υποδοχή και φιλοξενία νεοεισερχόμενων πολιτών τρίτων χωρών αποκλειστικά για την κάλυψη αναγκών προσωρινής στέγασης, τη λειτουργία των ανωτέρω εγκαταστάσεων, τη μεταφορά από τα σημεία άφιξης ή προσωρινής διαμονής προς ή από τις προσωρινές ή μόνιμες εγκαταστάσεις φιλοξενίας, οι οποίες βρίσκονται εντός και εκτός των γεωγραφικών τους ορίων, τη σίτιση, την άμεση ιατροφαρμακευτική περίθαλψη, τα έξοδα ταφής, τη διαχείριση ανθρωπιστικής βοήθειας και κάθε προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

σε χρήμα ή είδος, τη διαχείριση, μεταφορά, αποθήκευση και διανομή αυτής, μεταφορά ανηλίκων προσφύγων για εκπαιδευτικούς λόγους, καθώς και κάθε άλλη απολύτως αναγκαία για την εξυπηρέτηση των ανωτέρω σκοπών δαπάνη. Για την αποθήκευση και διανομή των ανωτέρω ειδών πρώτης ανάγκης οι Περιφέρειες, δύνανται να συστήνουν Κέντρα αποθήκευσης και διανομής, σε συνεργασία και με άλλους δημόσιους φορείς, με απόφαση του Περιφερειάρχη ή με κοινή απόφαση με το αρμόδιο για τη διοίκηση του έτερου φορέα οργάνου, στην οποία θα καθορίζονται οι όροι λειτουργίας τους. Τα Κέντρα αυτά μπορούν να στελεχώνονται με υπαλλήλους των ανωτέρω φορέων. Η διαδικασία σύναψης των συμβάσεων των προηγούμενων εδαφίων, καθώς και των αντίστοιχων συμβάσεων των Υπουργείων και των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπ όψιν και λόγων δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις. Μέχρι τις 31.12.2020 οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, κατά παρέκκλιση της υποπερίπτωσης δδ` περίπτωση γ`, παράγραφος 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 (Α` 204).[...].

23. Επειδή το άρθρο 96 «Συνδρομή του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας στη διαχείριση της προσφυγικής κρίσης και σύσταση συντονιστικού οργάνου» του ν. 4368/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, ορίζει ότι : « 1. Το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας (ΥΠ.ΕΘ.Α.) δύναται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης: α. Να προβαίνει σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες ή να συνάπτει με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων σχετικά με την ίδρυση, κατασκευή και συντήρηση των Κέντρων Πρώτης Υποδοχής (ΚΕ.Π.Υ.), Κέντρων Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και των Ανοικτών Δομών Προσωρινής Υποδοχής και Φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών και τη

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

λειτουργία των Κέντρων και Δομών αυτών, αποκλειστικά σε ό,τι αφορά στη μεταφορά, διαμονή, σίτιση και υγειονομική περίθαλψη των προσφύγων και μεταναστών. Η διαδικασία σύναψης συμβάσεων του προηγούμενου εδαφίου δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις.[...].»

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι: « [...]Έχοντας υπόψη:

α. Την κείμενη νομοθεσία περί Δημοσίων Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών.

β. Την με αριθμό Φ. 637/21/296941/Σ.204/27 Νοεμβρίου 2019/ΓΕΝ/ΔΕΞ ΠΡ. ΙΜ. Εντολή Διενέργειας Προμήθειας.

γ. Την με αριθμό Φ. 600/18/296959/Σ.209/29 Νοε 19/ΓΕΝ/ΔΕΞ/ΠΡ ΙΜ Διαταγή Συγκρότησης Επιτροπής Διαπραγμάτευσης.

δ. Προδιαγραφή Ενόπλων Δυνάμεων (ΠΕΔ-Α-00427)/12 Οκτ 2017, Έκδοση 1η , Τροποποίηση 1η (<https://prodiagrafes.army.gr/index.xhtml>)

ε. Φ. 819/359/71695/Σ.19497/08 Νοε 19/ΥΠΕΘΑ/ΓΔΟΣΥ/ΔΟΙ/ΤΠ ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ 1. Την αποστολή πρόσκλησης για διεξαγωγή διαπραγματεύσεων, στην εταιρεία «...LTD», για την προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου της επιτήρησης και του ελέγχου των μεταναστευτικών ροών από τα πλοία του Πολεμικού Ναυτικού, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 853.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσομένου ΦΠΑ). Ο υποψήφιος ανάδοχος θα έρθει σε επαφή με την επιτροπή διαπραγματεύσεων που φαίνεται στον ανωτέρω πίνακα συνοπτικών στοιχείων, για την κατάθεση δικαιολογητικών - προσφορών και την έναρξη των διαπραγματεύσεων, σύμφωνα και με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 5.

2. ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

2.1 Αντικείμενο της διαπραγματεύσεως είναι οι τιμές και οι όροι για την σύναψη σύμβασης για την προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου της επιτήρησης και του ελέγχου των μεταναστευτικών ροών από τα πλοία του Πολεμικού Ναυτικού. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίνεται στο συνημμένο Παράρτημα «Α».

2.2 Προσφορά θα υποβληθεί για όλα τα υλικά/υπηρεσίες που περιγράφονται στο συνημμένο Παράρτημα «Α».

2.3 Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 853.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσομένου ΦΠΑ).

2.4 Η Υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα για αύξηση των ποσοτήτων σε ποσοστό μέχρι 15% σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 1 του άρθρου 105 του ν.4412 /16.

2.5 Η σύμβαση ολοκληρώνεται με την παράδοση του συνόλου του συμβατικού αντικειμένου.

2.6 Η τιμή της προσφοράς θα δίνεται σε ευρώ (€) χωρίς ΦΠΑ.

2.7 Τεχνικές προδιαγραφές: Ως περιγράφονται και αναλύονται στο Παράρτημα «Ε» της παρούσας.[...]

3. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ – ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ

3.1 Είδος Διαδικασίας

3.1.1 Η σύμβαση θα υλοποιηθεί σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2γ του άρθρου 32 του ν. 4412/16, ως σχετικό (β).

Για την εν λόγω προμήθεια δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ), κατ' εφαρμογή των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας (άρθρο 14 του ν.4332/15, άρθρο 96 του ν.4368/16, άρθρο 32 του ν.4412/16, και άρθρο 122 του ν.4636/19).

3.1.2 Η ανάθεση της σύμβασης θα δρομολογηθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων ανωτέρω παρ. 3.1.1, καθόσον η εν λόγω προμήθεια χαρακτηρίζεται αδήριτη και επείγουσας ανάγκης ως σχετικό (ε).[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Α» Στοιχεία του Συμβατικού Αντικειμένου

Περιγραφή συμβατικού	Προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου της επιτήρησης και του
----------------------	--

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

αντικείμενου	ελέγχου των μεταναστευτικών ροών των πλοίων του ...
Κωδικός είδους (CPV)	35613000-4
Τεχνικός προσδιορισμός	Ως συνημμένο Παράρτημα «Ε»
Ποσότητα	Ως Προσθήκη «1» του συνημμένου Παραρτήματος «Α»
Μονάδα μέτρησης	Ως Προσθήκη «1» του συνημμένου Παραρτήματος «Α»
Φορέας Προορισμού	Ως συνημμένο Παράρτημα «Ε»
Εκτιμώμενη Αξία (άνευ ΦΠΑ)	853.000,00 ευρώ, απαλλασσομένου ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων
Πιστώσεις / Πηγή χρηματοδότησης	Πιστώσεις ΓΕΝ (ΑΛΕ: 3120989001)
Χρόνος παράδοσης	Εντός τριών (3) μηνών από την υπογραφή της Σύμβασης
Τόπος παράδοσης (Κωδικός Nuts)	Ως συνημμένο Παράρτημα «Ε»
Σύνολο κρατήσεων	6,27868 %
Φόρος εισοδήματος	Κατά την πληρωμή των ειδών θα παρακρατείται ο προβλεπόμενος από την παράγραφο 2, άρθρου 64, Ν.4172/2013, φόρος εισοδήματος

ΠΡΟΣΘΗΚΗ 1 ΠΙΝΑΚΑΣ ΥΠΟ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

A / A	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΜΟΝΑΔΑ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ ΜΟΝΑΔΑΣ (€)	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ (€)
1	UAS UVH-170H	TEM.	2	160.000	320.000
2	PORTABLE GROUND CONTROL STATION	TEM	2	38.700	77.400

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

3	2-AXES GYRO STABILIZED EO/IR GIMBAL	TEM	2	121.400	242.800
4	MIMO DIGITAL DATA LINK	TEM	2	34.200	68.400
5	GROUND TELEMETRY / TRACKING ANTENNA	TEM	2	23.950	47.900
6	IRIDIUM SATELLITE DATA TRANSMISSION SYSTEM	TEM	4	5.500	22.000
7	SPARE BAT. Li-Fe	TEM	2	480	960
8	BAT. CHARGER UNIT	TEM	2	1.170	2.340
9	TRANSPORTATION CONTAINER	TEM	4	1.250	5.000
1 0	SPARE PARTS REPAIR KIT	TEM	2	15.800	31.600
1 1	TRAINING A-BASIC	ΣΕΤ	2	4.600	9.200
1 2	TRAINING B-TYPE SPECIFIC	ΣΕΤ	2	12.700	25.400
ΣΥΝΟΛΟ				843.000,00€	

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Β»

Γενικοί Όροι [...]

4 Δικαιολογητικά ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

4.1 Η τεχνική προσφορά περιέχει τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια και την δυνατότητα υλοποίησης των απαιτήσεων του παρόντος διαγωνισμού, ως αυτές ορίζονται στο Παράρτημα «Ε» (Τεχνική Προδιαγραφή).[...]

18 ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ Η σύμβαση μπορεί να τροποποιείται κατά τη διάρκειά της, χωρίς να απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, μόνο σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/16 και κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής της περίπτωσης β της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/16..

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Ε»**4. ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ**

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

4.2 Χαρακτηριστικά Επιδόσεων [...]

4.2.2.1 Ύψος πτήσης: τουλάχιστον 300 πόδια.[...]

4.2.2.3 Εμβέλεια αεροχήματος τουλάχιστον 5 χλμ σε συνθήκες οπτικής επαφής μεταξύ αεροχήματος και σταθμού εδάφους.

4.2.2.4 Αυτονομία αεροχήματος τουλάχιστον για 20 λεπτά πτήσης.[...]

4.2.2.12 Φορτίο (Payload)

4.2.2.12.1 Το φορτίο του αεροχήματος να αποτελείται τουλάχιστον από:

4.2.2.12.1.1 ΕΟ (Electo-Optical) αισθητήρα (Κάμερα) ημέρας – νύχτας.

4.2.2.12.1.2 IR (InfraRed) αισθητήρα [...]

4.2.2.12.16 Να διαθέτει μια κάμερα ημέρας με τα παρακάτω χαρακτηριστικά:

4.2.2.12.16.1 Έξοδος video (Video Output): PAL Composite video και ψηφιακό interface MPEG4 ή H.264/5.

4.2.2.12.16.2 Image sensor τεχνολογίας CCD (Charge Couple Device) ή CMOS Complementary Metal-Oxide Semiconductor) .

4.2.2.12.16.3 Επιθυμητή διάμετρος φακού τα 15 mm.

4.2.2.12.16.4 Επιθυμητή ανάλυση εικόνας (photo resolution) 3840×2160.

4.2.2.12.16.5 Επιθυμητή ανάλυση βίντεο (video resolution) 1080 (οριζοντίως) x 840 (καθέτως) εικονοστοιχεία (pixels [...])».

25. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

26. Επειδή, όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

27. Επειδή, ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής (άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες (Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Δημοκρατίας, C-299/08, EU:C:2009:769, σκ. 29). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010).

28. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕΛΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).

29. Επειδή, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕΛΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕΛΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο (πρβλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου). Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Ψ68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40).

30. Επειδή, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. Ι1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. Ι-1949, σκέψη 13 και της 17ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 32). Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, σκ. 23). Περαιτέρω, μία από τις εξαιρετικές περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως συνιστά η περίπτωση κατά την οποία λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού (ανοικτού ή κλειστού) διαγωνισμού, ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων (βλ. σχετ. ΕΛΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕΛΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική (Απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, C-549/14, EU:C:2016:634, σκ. 35). Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας (απόφαση 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή).

31. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΛΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I3609, σκέψη 58, της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-126/03,

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11ης Ιανουαρίου 2005, C26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I2173, σκέψεις 57 και 58). Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33)

32. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

33. Επειδή κατά τη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεση της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης αλλά μπορεί απλά να

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 319).

34. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε πλήρως, ειδικώς και επαρκώς την αναγκαιότητα προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, καθώς δεν προκύπτει η κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα, η οποία την οδήγησε σε παρέκκλιση από την συνήθη διαγωνιστική διαδικασία και άρα δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης της περίπτωσης γ της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016.

35. Επειδή, στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 προβλέπεται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης 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 συνήθεις διαγωνιστικές διαδικασίες. Οι δε περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 96 του ν. 4368/2016, το ΥΠΕΘΑ δύναται να προβεί σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεων με αποκλειστικό αντικείμενο τη μεταφορά, διαμονή, σίτιση και υγειονομική περίθαλψη των προσφύγων και μεταναστών. Ωστόσο, η εξαιρετική αυτή διαδικασία, δεδομένου ότι διενεργείται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, θα πρέπει να επιλέγεται μόνον εφόσον η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί ειδικώς ότι συντρέχουν λόγοι κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης. Υπό την επιφύλαξη της συνδρομής των ως άνω προϋποθέσεων, προβλέπεται και στη διάταξη της παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015 η

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη συμβάσεων αναφορικά με την κάλυψη των αναγκών μεταφοράς, προσωρινής στέγασης, σίτισης ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης και διαχείρισης ανθρωπιστικής βοήθειας των προσφύγων και των μεταναστών και επισημαίνεται ότι μέχρι τις 31.12.2020 οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη και άρα δεν απαιτείται η προηγούμενη διατύπωση γνώμης επί αυτού του ζητήματος από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων διατάξεων, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 26-31, συνάγεται ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να αιτιολογεί ειδικώς αφενός την κατεπείγουσα ανάγκη που επιβάλλει την υιοθέτηση αυτής διαδικασίας αφετέρου δε τους λόγους για τους οποίους η αντιμετώπιση αυτής της ανάγκης δεν μπορεί να επιτευχθεί δια της επιλογής της ανοικτής ή κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας. Και ναι μεν γενικώς η μεταφορά και η σίτιση των προσφύγων χαρακτηρίζεται εκ της διάταξης της παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015 ως κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός, με αποτέλεσμα να μην απαιτείται εκ του νόμου η διατύπωση προηγούμενης σύμφωνης γνώμης από την ΕΑΑΔΗΣΥ, ουδόλως όμως ο χαρακτηρισμός αυτός δύναται να συνεπάγεται τη νομιμοποίηση της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να απαλλαγεί συλλήβδην από τις συνήθεις διαγωνιστικές διαδικασίες για όσες συμβάσεις αποσκοπούν στην εξυπηρέτηση των αναγκών μεταφοράς και σίτισης των προσφύγων κατά παράβαση της απορρέουσας από την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων υποχρέωσης ειδικής αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης αλλά και της περιοριστικής ερμηνείας της εφαρμογής της. Ως εκ τούτου, και στην περίπτωση των ως άνω συμβάσεων, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης απαιτεί πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολόγηση, την οποία άλλωστε προβλέπουν ρητώς όλες οι σχετικές

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

νομοθετικές διατάξεις, των εξαιρετικών περιστάσεων που επιβάλλουν την ανάθεση του συγκεκριμένου συμβατικού αντικείμενου και οι οποίοι καθιστούν αδύνατη την τήρηση των νόμιμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού διαγωνισμού.

36. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, με την προσβαλλόμενη πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε« [...] Την αποστολή πρόσκλησης για διεξαγωγή διαπραγματεύσεων, στην εταιρεία «...LTD», για την προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου της επιτήρησης και του ελέγχου των μεταναστευτικών ροών από τα πλοία του Πολεμικού Ναυτικού, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 853.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, απαλλασσομένου ΦΠΑ). [...]». Ειδικότερα, το συμβατικό αντικείμενο της πρόσκλησης αφορά την απόκτηση δύο μη επανδρωμένων ελικοπτέρων τύπου UH -170H, συνοδού εξοπλισμού καθώς και παροχή υπηρεσιών εκπαίδευσης χειριστών. Περαιτέρω, από τον όρο 3.1 της πρόσκλησης, προκύπτει ότι η επιλογή της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ερείδεται στην με αριθμό Φ. 637/21/296941/Σ.204/27 Νοεμβρίου 2019/ΓΕΝ/ΔΕΞ ΠΡ. ΙΜ. Εντολή Διενέργειας Προμήθειας του Γενικού Επιτελείου Ναυτικού/Διεύθυνση Εξοπλισμών (αναφερόμενη στον όρο 3.1. ως σχετικό β) και στο υπ' αριθμόν Φ. 819/359/71695/Σ.19497/08 Νοεμβρίου 19/ΥΠΕΘΑ/ΓΔΟΣΥ/ΔΟΙ/ΤΟ έγγραφο (αναφερόμενο στον όρο 3.1. ως σχετικό ε). Ειδικότερα, με την ως άνω εντολή η αναθέτουσα αρχή καλείται να προβεί «1. Στην ανάθεση κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης για την προμήθεια Μη Επανδρωμένων Αεροσκαφών (ΜΕΑ) για την υποβοήθηση του έργου της επιτήρησης και του ελέγχου των μεταναστευτικών ροών των πλοίων του ...ως αυτά αναφέρονται στον πίνακα του υπό προμήθεια εξοπλισμού και υπηρεσιών του Παραρτήματος «Α» της παρούσας, προϋπολογιζόμενου κόστους 853.000,00 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ). 2. Ο υπό προμήθεια παρεχόμενος εξοπλισμός, μαζί με τις παρεχόμενες υπηρεσίες, θα καλύψουν τις άμεσες και επιτακτικές ανάγκες ενίσχυσης των μέσων επιτήρησης των μονάδων του ..., στο πλαίσιο της ανάσχεσης των αυξημένων προσφυγικών ροών.[...] 11. Τα προς προμήθεια υλικά θα

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

παραδοθούν σε διάστημα όχι μεγαλύτερο των τριών μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της εκάστοτε εκτελεστικής σύμβασης.[...]. Πέραν τούτου, με το υπ' αριθμόν Φ. 819/359/71695/Σ.19497/08 Νοεμβρίου 19/ΥΠΕΘΑ/ΓΔΟΣΥ/ΔΟΙ/ΤΟ έγγραφο διαβιβάστηκε στην αναθέτουσα αρχή η με αρ. πρωτ. 2/80701/08 Νοε 19/Υπ. Οικ./ΓΛΚ/ΔΠΓΚ απόφαση του Υπουργείου Οικονομικών περί έκτακτης ενίσχυσης του προϋπολογισμού ΥΠΕΘΑ έτους 2019 αναφορικά με το κονδύλιο «Δαπάνες Μεταναστευτικών Ροών», με σκοπό την αντιμετώπιση της μεταναστευτικής/προσφυγικής κρίσης. Επίσης, στο εν λόγω έγγραφο αναφέρεται ότι για την υλοποίηση των δαπανών θα αξιολογηθούν οι ειδικές διατάξεις των άρθρων 14 του Ν.4332/15, 96 του Ν.4368/16 και 122 του Ν.4636/19 εξαιτίας της αδήριτης και επείγουσας ανάγκης ανάσχεσης των αυξημένων προσφυγικών ροών. Η δε αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της συμπληρώνει ότι η πρόσκτηση των μη επανδρωμένων αεροσκαφών θα προσφέρει στο ...μη κατεχόμενες επιχειρησιακές δυνατότητες, που θα αξιοποιηθούν στην επιτήρηση και τον συντονισμό της προσφυγικής κρίσης κατά τη φάση μεταφοράς των μεταναστών και προσφύγων, από τα σημεία διάσωσης και εισδοχής στην ελληνική επικράτεια, έως τις πρώτες δομές φιλοξενίας, ήτοι στη φάση που συμμετέχουν τα πλοία του Κατά συνέπεια, εκ των προαναφερθέντων εγγράφων που αποτελούν την αιτιολογική βάση της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης συνάγεται ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι η προμήθεια μη επανδρωμένων αεροσκαφών, αφορά καταρχήν στην επιτήρηση και τον έλεγχο των αυξημένων μεταναστευτικών ροών από την αναθέτουσα αρχή προς τον σκοπό της ανάσχεσής τους. Ως εκ τούτου, η υπό ανάθεση σύμβαση δεν αφορά τη μεταφορά των προσφύγων προς τα κέντρα υποδοχής, για την αποκλειστική εξυπηρέτηση της οποίας οι νομοθετικές διατάξεις τις οποίες επικαλείται η αναθέτουσα αρχή και οι οποίες, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 30, πρέπει να ερμηνεύονται στενά, παρέχουν τη δυνατότητα παρέκκλισης από την συνήθη διαγωνιστική διαδικασία.

37. Επειδή εξάλλου η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ότι στην προκειμένη περίπτωση λόγοι δημοσίας τάξης ή εθνικής ασφάλειας, επιτάσσουν η ανάθεση του συγκεκριμένου συμβατικού αντικειμένου να

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

διεξαχθεί μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όπως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 96 του ν. 4368/2016. Σημειωτέον ότι, εφόσον το συμβατικό αντικείμενο συνδεόταν με ζητήματα δημοσίας τάξης ή εθνικής ασφάλειας, η αναθέτουσα αρχή θα ήταν υποχρεωμένη να υπάγει την επίμαχη προμήθεια στο ρυθμιστικό πεδίο των διατάξεων του ν. 3978/2011 κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 16 του νόμου αυτού και του άρθρου 15 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και όχι στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, όπως και έπραξε.

38. Επειδή, περαιτέρω, για τη θεμελίωση της δυνατότητας επιλογής της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης δεν αρκεί μόνον η διαπίστωση ότι η μεταφορά των προσφύγων ικανοποιείται μέσω της πρόσκτησης των μη επανδρωμένων αεροσκαφών, αλλά απαιτείται η αναθέτουσα αρχή να αιτιολογήσει ειδικώς τη συνδρομή εξαιρετικών και έκτακτων περιστάσεων, οι οποίες καθιστούν ανέφικτη την ανάθεση του συμβατικού αντικείμενου της επίμαχης πρόσκλησης δια της ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας. Εντούτοις, από τα στοιχεία του φακέλου απουσιάζει οιαδήποτε μνεία τέτοιων καταστάσεων, ήτοι η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται τα απρόβλεπτα εκείνα γεγονότα που, εν προκειμένω, συνδεόμενα με το προσφυγικό ζήτημα και την ανάγκη μεταφοράς των μεταναστών, αποκλείουν τη τήρηση των νόμιμων προθεσμιών για την ανάθεση των μη επανδρωμένων αεροσκαφών. Η δε γενική και αόριστη επίκληση από την αναθέτουσα αρχή της ύπαρξης αυξημένων προσφυγικών ροών, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 32, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί πλήρης, ειδική και επαρκής αιτιολογία της αναγκαιότητας επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης. Και τούτο διότι, το προσφυγικό ζήτημα το οποίο έχει εμφανιστεί εδώ και πολλά χρόνια και αντιμετωπίζεται από την αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να θεωρηθεί αιφνίδιο γεγονός, η δε αναθέτουσα αρχή δεν αποδεικνύει ότι την παρούσα χρονική συντρέχει τέτοια έξαρση του φαινομένου που αδυνατεί να τηρήσει τις νόμιμες προθεσμίες για την κάλυψη της ανάγκης της μεταφοράς των προσφύγων. Θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, στο Παράρτημα Α της Πρόσκλησης έχει οριστεί ως χρόνος παράδοσης των υπό

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

ανάθεση μη επανδρωμένων αεροσκαφών διάστημα (10) μηνών, το οποίο κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 30 συνιστά χρονικό διάστημα που δεν συμβαδίζει με τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της ανάγκης που καλείται να εξυπηρετήσει. Αλυσιτελώς δε προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι γενικά ο χρόνος πρόσκτησης των μη επανδρωμένων αεροσκαφών με εξελιγμένα τεχνικά χαρακτηριστικά κυμαίνεται σε αρκετούς μήνες, καθώς το γεγονός αυτό ανάγεται στον έγκαιρο προγραμματισμό της επίμαχης ανάθεσης και άρα, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 29, στη σφαίρα επιρροής της αναθέτουσας αρχής και δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει την συνδρομή απρόβλεπτου γεγονότος. Η δε εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης επιλέχθηκε, όπως παραδέχεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, προκειμένου να συντηρηθεί το απαιτούμενο χρονικό διάστημα για την απόκτηση των μη επανδρωμένων αεροσκαφών καθώς με την τακτική διαγωνιστική διαδικασία θα επιβαρυνόταν το χρονοδιάγραμμα υλοποίησης της προμήθειας για δυο εβδομάδες. Εντούτοις, αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι τυχόν επιβάρυνση του χρονοδιαγράμματος για δυο εβδομάδες θα είχε ουσιώδεις συνέπειες στην αντιμετώπιση της ανάγκης μεταφοράς των προσφύγων, λαμβανομένων υπόψη και των εχεγγύων διαφάνειας και ανταγωνισμού που διασφαλίζει η τακτική διαγωνιστική διαδικασία.

39. Επειδή, επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε ανάλυση των νομοθετικών διατάξεων που ρυθμίζουν το πλαίσιο εφαρμογής της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, προκειμένου να αιτιολογήσει τη νομιμότητα της επιλογής της. Ωστόσο, η απλή παράθεση της ισχύουσας νομοθεσίας, η οποία άλλωστε ρητώς απαιτεί την ειδική αιτιολόγηση των λόγων προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δεν δύναται να πληροί αφ' εαυτή την απαίτηση. Πέραν τούτου, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται στις απόψεις της και την συγκυρία διάθεσης πιστώσεων στον προϋπολογισμό της, οι οποίες πρέπει να χρησιμοποιηθούν εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου. Εντούτοις, το γεγονός αυτό οφείλεται στον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προγραμματισμό της χρηματοδότησης και ως εμπόημα στη σφαίρα επιρροής της, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

30, δεν συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση που δικαιολογεί την εξαίρεση. Ομοίως, και η διευκόλυνση των ταμειακών αναγκών της αναθέτουσας αρχής δια της εξοικονόμησης πόρων λόγω της χρήσης των μη επανδρωμένων αεροσκαφών έναντι έτερων πολύ δαπανηρότερων ιπτάμενων μέσων της αναθέτουσας αρχής δεν θεμελιώνει νόμιμο λόγο προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 32 του Ν.4412/2016

40. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της ότι η επίμαχη ανάθεση πραγματοποιείται κατά το απολύτως αναγκαίο καθώς αφορά μόνον τα Πολεμικά Πλοία που συνδράμουν στην ανάσχεση των αυξημένων προσφυγικών ροών και όχι του συνόλου του στόλου της. Ειδικότερα, *«επί συνόλου δεκάδων πολεμικών πλοίων του ...που δύνανται αναπτύξουν μη στελεχωμένα αεροχήματα (UAV), το ...προβαίνει στη προμήθεια μόνο 6 συστημάτων που θα καλύψουν κατά το συντομότερο δυνατό χρονικό διάστημα την αδήριτη ανάγκη κατά τον πλέον ενδεδειγμένο επιχειρησιακά και τεχνικά τρόπο και προγραμματίζει τη κάλυψη της συνολικής του επιχειρησιακής δυνατότητας στα εν λόγω μέσα με διαγωνισμό»*. Όμως, η επίμαχη πρόσκληση παρέχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αυξήσει το συμβατικό αντικείμενο έως 50%, ήτοι πέραν των τεσσάρων μη επανδρωμένων αεροσκαφών να αποκτήσει δύο επιπλέον, χωρίς προσφυγή σε διαγωνισμό, πρόβλεψη, η οποία δεν συμβαδίζει με την προϋπόθεση περιορισμού του αντικειμένου της ανάθεσης στο μέτρο που είναι απαραίτητο. Αλυσιτελώς δε επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ότι η συγκεκριμένη πρόβλεψη δεν θα χρησιμοποιηθεί για την απόκτηση πρόσθετων μη επανδρωμένων αεροσκαφών αλλά για να εξασφαλιστεί τυχόν συμπληρωματική απαίτηση υλικών / υπηρεσιών.

41. Επειδή εκ των προαναφερθέντων συνάγεται ότι στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε πλήρως, ειδικώς και επαρκώς τη συνδρομή των προϋποθέσεων που θέτει η κείμενη νομοθεσία για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης και ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

42. Επειδή με τον δεύτερο λόγο προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως δεν προσκλήθηκε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης καθώς διαθέτει τα προϊόντα που αποτελούν το συμβατικό αντικείμενο της επίμαχης πρόσκλησης και θα μπορούσε να ανταποκριθεί εγκαίρως και προσηκόντως στην εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω, με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε ανεπίτρεπτη κατάτμηση του συμβατικού αντικειμένου καθώς διεξάγει ταυτόχρονα δύο διακριτές διαγωνιστικές διαδικασίες, με τη δημοσίευση δύο χωριστών προσκλήσεων σε διαπραγμάτευση με ταυτόσημο τίτλο και όμοιο με αντικείμενο, ήτοι την προμήθεια μη επανδρωμένων αεροσκαφών για την υποβοήθηση του έργου των πλοίων του

43. Επειδή, δοθέντος ότι σύμφωνα με τα εκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση της ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η εξέταση του δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ανωτέρω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49).

44. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

45. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

46. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν Φ.602.2/47/291977/Σ.3357 Πρόσκληση Πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Αριθμός απόφασης: 130 / 2020

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων διακοσίων εξήντα πέντε ευρώ (4.265,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε την 4η Φεβρουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

**ΓΕΡΑΣΙΜΟΥΛΑ-ΜΑΡΙΑ
ΔΡΑΚΟΝΤΑΕΙΔΗ**

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΒΙΚΤΩΡΙΑ ΠΙΣΜΙΡΗ