



**ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΣΧΟΛΗ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ & ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ
ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
«ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ»
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: «ΔΙΚΑΙΟ, ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ & ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ»**

*Δημόσιες συμβάσεις: Η εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης
χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης*

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

**Ανδρέας Τσαουρδάς
ΑΜ 71114Μ021**

Εξεταστική επιτροπή

- Χρυσούλα Μουκίου, Επίκουρη Καθηγήτρια
(σύμβουλος σπουδών)
- Η. Νικολόπουλος
- Χ. Μουστάκας

Αθήνα, Ιανουάριος 2016

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΚΥΡΙΟΤΕΡΕΣ ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ	σελ. 2
I. ΕΙΣΑΓΩΓΗ	σελ. 5-10
1. Βασικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων εν γένει και τους διαγωνισμούς ειδικότερα - παρεκκλίσεις της διαδικασίας με διαπραγμάτευση από αυτές	σελ. 6
α. Η αρχή του πραγματικού ανταγωνισμού	σελ. 6
β. Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού	σελ. 7
γ. Δημοσιότητα – Διαφάνεια	σελ. 7
2. Το καθεστώς των διαδικασιών με διαπραγμάτευση	σελ. 8
3. Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης υπό την οδηγία 2004/18/EK	σελ. 9
4. Η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση όπως ισχύει σήμερα με την οδηγία 2014/24/EE	σελ. 10
II. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ	σελ. 11-40
1. Πρόλογος	σελ. 11
2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης	σελ. 12-41
α. Προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων και τεχνικοί λόγοι ..σελ.	12-17
β. Ακατάλληλες προσφορές	σελ. 17-19
γ. Επείγουσες περιπτώσεις	σελ. 20-27
3. Η διαδικασία στις συμβάσεις προμήθειας	σελ. 28-30
4. α. Η διαδικασία στις συμβάσεις υπηρεσιών	σελ. 31
β. Η διαδικασία στις συμβάσεις έργων και υπηρεσιών	σελ. 31-37
5. Το καθεστώς της νέας οδηγίας 2014/24/EE για τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης	σελ. 38-41
III. ΕΠΙΛΟΓΟΣ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ	σελ. 42
IV. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	σελ. 43

ΚΥΡΙΟΤΕΡΕΣ ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΠ	Άρειος Πάγος
ΔΕΕ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης
ΔΕΚ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
ΕΑ	Επιτροπή Αναστολών
ΕΑΔΗΣΥ	Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων
ΕΔΔΔ	Επιθεώρηση Δημοσίου και Διοικητικού Δικαίου
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΚ	Ευρωπαϊκή Κοινότητα
επ.	επόμενα
ΕΟΚ	Ευρωπαϊκή Οικονομική Κοινότητα
ΕΣ	Ελεγκτικό Συνέδριο
ΕτΚ	Εφημερίδα της Κυβέρνησης
ΝΣΚ	Νομικό Συμβούλιο του Κράτους
Ολ.	Ολομέλεια
Παρ.	παράγραφος
ΠΔ	Προεδρικό Διάταγμα
Πρβλ.	παράβαλε
Σελ.	σελίδα
ΣτΕ	Συμβούλιο της Επικρατείας
ΣυνΘΕΚ	Συνθήκη Ευρωπαϊκής Κοινότητας

ΣυνΘΛΕΕ Συνθήκη για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης

I. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων διέπουν σειρά θεμελιωδών αρχών, στόχος των οποίων είναι να επιτευχθεί η βέλτιστη και ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών οδηγιών που διέπει τις πρώτες και να καλλιεργηθεί η ασφάλεια και η προστασία των διαγωνιζομένων κατά τη διαδικασία κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων. Λαμβάνοντας υπόψη ότι, στόχος της παρούσης εργασίας είναι η ανάλυση μιας εξαιρετικής διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία βρίσκεται στο μεταίχμιο της παραβίασης των αρχών αυτών, κρίνεται σκόπιμη η συνοπτική αναφορά σε αυτές.

1. ΟΙ ΑΡΧΕΣ ΠΟΥ ΔΙΕΠΟΥΝ ΤΗ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Οι αρχές αυτές, οι οποίες συνάγονται τόσο από τη σχετική περί δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών νομοθεσία όσο και από τη νομολογία, είναι οι εξής:

α. Η αρχή του πραγματικού ανταγωνισμού

Οι οδηγίες οι σχετικές με τις δημόσιες συμβάσεις αποσκοπούν ιδίως στην ανάπτυξη του πραγματικού ανταγωνισμού προκειμένου να διασφαλιστεί η δυνατότητα υποβολής ευνοϊκών και ανταγωνιστικών προσφορών και να μην ευδοκιμήσουν περιπτώσεις απατηλής συνεννόησης των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Τέτοιου είδους συμπαιγνία μπορεί να συνίσταται π.χ. στην υποβολή εντελώς όμοιων προσφορών και υπόκειται, λόγω της σπουδαιότητάς της, σε δικαστικό έλεγχο, ενώ μπορεί να οδηγήσει και σε ακύρωση του διαγωνισμού εφόσον αποδεικνύεται από τα σχετικά στοιχεία. Η καταστρατήγηση της ως άνω αρχής, όπως στην περίπτωση συμπαιγνίας μεταξύ των διαγωνιζομένων, αποτελεί παράβαση νόμου.¹ Εξάλλου, ο ελεύθερος ανταγωνισμός νοθεύεται σε περιπτώσεις υιοθέτησης εναρμονισμένης πρακτικής από τους ανταγωνιστές όπως στην περίπτωση καθορισμού

¹ Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, Ι, 2007, σελ. 207. (βάσει υποσημ. 159 σελ. 67)

ενιαίας πολιτικής τιμών στις προσφορές², καθώς και σε περιπτώσεις προσυμφωνημένης μεταξύ των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, με σκοπό την κατανομή των διαφόρων συμβάσεων.

β. Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού

Η αρχή αυτή επιβάλλει την προσέλευση όσο το δυνατόν μεγαλύτερου αριθμού υποψηφίων στο διαγωνισμό, οι οποίοι να διαθέτουν τα κατάλληλα προσόντα³, έχει, δε, την έννοια ότι τα κριτήρια συμμετοχής στο διαγωνισμό απαιτείται να είναι αμερόληπτα, σαφή και υλοποιήσιμα, καθώς σε αντίθετη περίπτωση προσβάλλουν την ελευθερία του ανταγωνισμού. Ο σεβασμός του ελεύθερου ανταγωνισμού ως θεσμού θεμελιώνεται και από διατάξεις αυξημένης τυπικής ισχύος και συγκεκριμένα από εκείνες των άρθρων 85 επ. ΣυνθΕΚ και η με οποιονδήποτε τρόπο παραβίασή του οδηγεί σε απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης, ενώ ο υποψήφιος που τον παραβίασε πρέπει να αποκλειστεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Βασικό θεμέλιο του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελεί η αρχή της μυστικότητας των προσφορών, η οποία καταλύεται ιδίως σε περίπτωση συμμετοχής δύο θυγατρικών επιχειρήσεων στον ίδιο διαγωνισμό, καθώς και σε περίπτωση ακύρωσης και επανάληψης του διαγωνισμού μετά την αποσφράγιση των προσφορών, αφού οδηγεί σε πλεονεκτική θέση ορισμένων διαγωνιζομένων.

γ. Δημοσιότητα - Διαφάνεια

Η διαφάνεια συνιστά κατευθυντήρια γραμμή για το σύνολο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και θεμελιώδες στοιχείο για την ανάπτυξη του

² Τεκμήριο εναρμονισμένης πρακτικής δύναται να υπάρξει σε περίπτωση παραβίασης της αρχής απαγόρευσης ανταλλαγής πληροφοριών (π.χ. τιμές προϊόντων ή υπηρεσιών, όροι πώλησης, αγοράς, παράδοσης) που είναι ικανές να «άρουν την αντικειμενική βεβαιότητα και την επακόλουθη επιχειρηματική διακινδύνευση που πρέπει να χαρακτηρίζει την κατάσταση και τη δράση των διαφόρων ανταγωνιστών»· βλ. *Κ. Γιαννακόπουλος*, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2003, σελ. 53 επ., κατά τον οποίο η υποβολή υπερβολικά χαμηλών τιμών αποτελεί ένδειξη ύπαρξης οριζόντιας συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής.

³ Ωστόσο, η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δέχεται ότι επιτρέπεται ο περιορισμός της συμμετοχής προσώπων εφόσον δε στοχεύει σε ορισμένα πρόσωπα αλλά προσβλέπει κυρίως στην αύξηση των εγγυήσεων που απαιτούνται για την ταχεία και απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ΣτΕ 533/1939).

ανταγωνισμού και, ως εκ τούτου, ο αριθμός των προκηρύξεων τις οποίες οφείλει να δημοσιεύει η αναθέτουσα αρχή στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έχει αυξηθεί. Μπορεί να διασφαλιστεί με κάθε πρόσφορο μέσο, περιλαμβανομένης της δημοσιότητας, χάρη στην οποία διευκολύνεται η ελεύθερη εγκατάσταση και παροχή υπηρεσιών στο πεδίο των συμβάσεων. Οι μορφές δημοσιότητας περιλαμβάνουν όλες εκείνες τις πληροφορίες που είναι απαραίτητες για να μπορέσουν όλοι οι εν δυνάμει υποψήφιοι να αποφασίσουν εάν ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία.

Κατά τη νομολογία του ΔΕΚ, η διαφάνεια συνδέεται άμεσα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, προκειμένου να διασφαλισθεί η ισότητα των ευκαιριών όλων των υποψηφίων σε όλα τα στάδια της διαδικασίας.⁴ Συνίσταται στην εξασφάλιση προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας, ώστε να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος του αμερόληπτου χαρακτήρα της διαγωνιστικής διαδικασίας.

2. ΤΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΩΝ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ

Κατά ένα μεγάλο μέρος της νομολογίας και ένα μέρος της θεωρίας ως διαδικασίες με διαπραγμάτευση (“negotiated procedures”) ή δημοπρασίες απευθείας ανάθεσης λογίζονται εκείνες στο πλαίσιο των οποίων οι αναθέτουσες αρχές κατόπιν διαβουλεύσεως τους με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους διαπραγματεύονται με έναν ή περισσότερους από αυτούς (βλ. άρθρο 2 παρ. 11 δ’ του ΠΔ 60/2007, άρθρο 1 παρ. 7 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και άρθρο 1 παρ. 9 γ’ του ΠΔ 59/2007. Πρβλ άρθρο 15 παρ. 13 δ’ και 50-51 του ν. 4281/2014 ΦΕΚ Α’ 160/8-8-2014). Είναι, επομένως, ευέλικτες διαδικασίες, που αφήνουν μεγαλύτερη ελευθερία κινήσεων στην εκάστοτε αναθέτουσα αρχή τόσο κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης όσο και κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.⁵

Επίσης, σύμφωνα με το γράμμα και αλλά και το πνεύμα των διατάξεων της οδηγίας (άρθρο 31) καταρχήν η σύμβαση δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρέπει να γίνεται με ανοικτό ή κλειστό διαγωνισμό στον οποίο θα υποβάλλονται πολλές προσφορές και θα επιλέγεται η πλέον συμφέρουσα κατά τους

⁴ Βλ. ΔΕΚ απόφ. της 25.4.1996, C-87/1994.

⁵ Βλ. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 301.

όρους της προκήρυξης. Εφόσον πράγματι καθίσταται αδύνατον να υλοποιηθεί το έργο με τέτοιο διαγωνισμό τότε κατ' εξαίρεση γίνεται αποδεκτό η αναθέτουσα αρχή να καταφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης εν γένει.⁶

Σταθμίζοντας, λοιπόν, τα θετικά και τα αρνητικά τέτοιου είδους διαδικασιών, από τη μια πλευρά είναι μεν επωφελείς καθώς υφίσταται λόγω της ως άνω ευελιξίας συμβάλλουν στο έργο της αναθέτουσας αρχής να διαμορφώσει με το καλύτερο δυνατό τρόπο την προσφορά στη ζήτηση, από την άλλη πλευρά δε ελλοχεύουν σημαντικοί κίνδυνοι με τη χρήση τους για τον ανταγωνισμό, καθώς καταστρατηγούνται βασικές αρχές του, οι οποίες ανωτέρω αναλύθηκαν συνοπτικά, και συγκεκριμένα η αρχή της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.⁷

Πρόκειται, συνεπώς, για αυστηρά εξαιρετικές διαδικασίες τόσο εθνικό όσο και σε ενωσιακό επίπεδο, η προσφυγή στις οποίες πρέπει να γίνεται με φειδώ, ήτοι μόνο όταν συντρέχουν οι περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Οι κανονιστικές ρυθμίσεις των διατάξεων αυτών πρέπει να τυγχάνουν στενών ερμηνειών και σε κάθε περίπτωση η απόφαση της αναθέτουσας αρχής οφείλει να διαλαμβάνεται πλήρως και ειδικής αιτιολογίας, όπερ σημαίνει αναφορά στους λόγους για τους οποίους ελήφθη η απόφαση η αναθέτουσα αρχή να προσφύγει στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία. Επιπλέον, αν προκύψει προσφυγή της αναθέτουσας αρχής για δεύτερη φορά στην εν λόγω διαδικασία, για το παραδεκτό αυτής δεν είναι αρκετή η επανάληψη των λόγων που την ώθησαν εκεί την πρώτη φορά αλλά απαιτείται να βεβαιώνεται με πλήρη και σαφή αιτιολογία ότι οι ως άνω λόγοι (αρχικοί ή νέοι) υπάρχουν και τη δεύτερη αυτή φορά που καλείται η αναθέτουσα να προσφύγει σε απευθείας ανάθεση.⁸

Εν συνεχεία, όσον αφορά στο σύννομο της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση υφίστανται οι κάτωθι διακρίσεις : α) εφόσον πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK πρέπει να πληρούται οι προϋποθέσεις των οικείων διατάξεων των άρθρων 24 του ΠΔ 60/2007 (Διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση

⁶ Πρβλ. Δ. Σολδάτος, Οι προμήθειες του Δημοσίου Τομέα, σελ. 275, με παραπομπή σε Γνωμ. ΝΣΚ 467/2006.

⁷ ΕΣ Απόφαση 5/2012 Τμήμα Μειζ. Σύνθ.

⁸ ΣτΕ 1747/2011.

προκήρυξης διαγωνισμού βλ. επίσης άρθρο 30 οδηγίας 2004/18/EK) και 25 του ΠΔ 60/2007 (Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού βλ. επίσης άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/EK, αρθρ. 30 οδηγίας 2004/17/EK) και β) εφόσον πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας (επειδή λ.χ. η εκτιμώμενη αξία του αντικειμένου τους δεν υπερβαίνει το κατώφλι εφαρμογής της οικείας οδηγίας), τότε πρέπει να συντρέχουν, κατ' αρχήν, οι προϋποθέσεις που προβλέπονται στην εθνική νομοθεσία (άρθρ. 28 ν. 3669/2008 για τα δημόσια έργα, άρθρ. 2 ν. 2286/1995 για τις προμήθειες κλπ).⁹

Υφίσταται, βέβαια, και η άποψη από μερίδα της θεωρίας, η οποία διαχωρίζει τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση (με δημοσίευση προκήρυξης, χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης) σε σχέση με το πόσο αυτές παρεκκλίνουν από τις βασικές αρχές του ενωσιακού δικαίου. Ειδικότερα, υποστηρίζεται ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης (άρθρο 24 ΠΔ 60/2007, άρθρο 30 οδηγίας 2004/18), όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την οδηγία 2014/24/ΕΕ από την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, δε συνιστά παρέκκλιση από τους κανόνες των κοινοτικών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αλλά απλώς μια τροποποιημένη εφαρμογή αυτών, ούτως ώστε να λαμβάνονται υπόψη τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά ορισμένων συμβατικών σχέσεων.¹⁰

3. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΤΗΣ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗΣ ΜΕ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΥΠΟ ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ 2004/18/EK

Σύμφωνα με το άρθρο 24 του ΠΔ 60/2007 (άρθρο 30 οδηγίας 2004/18 , άρθρο 124 παρ. 1 εδ. α' ν. 3669/2008), οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν με προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (negotiated procedures with prior contract notice) στις κάτωθι περιπτώσεις:

α) η μη υποβολή κανονικών προσφορών ή υποβολή ακατάλληλων προσφορών.

Σε περίπτωση μη κανονικών προσφορών

⁹ Δ. Ράικος, ό.α., σελ. 302 επ.

¹⁰ S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 193.

β) η αδυναμία προκαθορισμού τιμών

γ) η αδυναμία καθορισμού των προδιαγραφών της σύμβασης υπηρεσιών

δ) έργα έρευνας και δοκιμής

4. Η ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ ΣΗΜΕΡΑ ΜΕ ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ 2014/24/ΕΕ

Με τις διατάξεις της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εισάγεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση που αντικαθιστά τη διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, επιφέροντας σημαντικές αλλαγές στη διαδικασία ανάθεσης σε σχέση με το προισχύσαν καθεστώς.

Με βάση τη νέα αυτή διαδικασία θα πρέπει να είναι δυνατή η διαπραγμάτευση οπωσδήποτε και σε περιπτώσεις όπου μια ανοικτή ή κλειστή διαδικασία έχει αποφέρει μόνο αντικανονικές ή απαράδεκτες προσφορές, ούτως ώστε οι αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν στη διεξαγωγή διαπραγματεύσεων με σκοπό τη λήψη κανονικών και αποδεκτών προσφορών. Όλη η διαδικασία πρέπει να διέπεται από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Η διασφάλιση της τήρησης τους θα επιτευχθεί αφενός με την αναφορά εκ των προτέρων από τις αναθέτουσες αρχές των ελαχίστων απαιτήσεων που χαρακτηρίζουν τη φύση της προμήθειας, δίχως να τροποποιηθούν και αφετέρου με τη σταθερότητα τα κριτηρίων ανάθεσης και της στάθμισης αυτών καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας, χωρίς να υπόκεινται άλλης διαπραγμάτευσης (προς εξασφάλιση ίσης μεταχείρισης όλων των οικονομικών φορέων). Συνεπώς, υφίσταται πλέον ένας μη διαπραγματεύσιμος πυρήνας που, αφορά τις ελάχιστες απαιτήσεις και τα κριτήρια ανάθεσης, ο οποίος δεν υπόκειται διαπραγματεύσεων κατ' αρχήν, εν αντιθέσει με όλα τα άλλα ζητήματα (λ.χ. ποιότητα, ποσότητα, εμπορικές ρητρές, κοινωνικές περιβαλλοντικές παράμετροι) τα οποία μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο διαπραγμάτευσης. Συνοψίζοντας, λοιπόν, απώτερος στόχος των διαπραγματεύσεων αυτών είναι η βελτίωση των προσφορών (δυνατότητα διεξαγωγής και σε διαδοχικές φάσεις ώστε να μειώνεται ο αριθμός των προσφορών βάσει αρχικών κριτηρίων πάντα), ώστε να επιτυγχάνου οι αναθέτουσες αγορές έργων, αγαθών και υπηρεσιών απολύτως προσαρμοσμένων στις ανάγκες τους.

II. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ

1. ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων ο κανόνας είναι οι διαδικασίες του ανοικτού και του κλειστού διαγωνισμού. Τον κανόνα έρχεται να επιβεβαιώσει ως επί το πλείστον και η νομολογία των περισσοτέρων εθνικών δικαστηρίων, τα οποία μόνο κατ' εξαίρεση και μόνο για ορισμένες αναφερόμενες στα νομοθετικά κείμενα θα προσφύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, πολλώ δε μάλλον στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Πρόκειται, για μια εξαιρετική διαδικασία, που φέρει πολλές ομοιότητες με την αντίστοιχη που προβλέπεται από τις διατάξεις της UNICITRAL MODEL LAW on procedure of Goods, Construction and Services (single-source procurement) για την απευθείας ανάθεση. Επόμενο λοιπόν, είναι και τα εθνικά δικαστήρια υπό την σκέπη θεμελιωδών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως η αρχή της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες για την κατάρτιση των συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού, να υποχρεούνται να παρεκκλίνουν από τη διαδικασία του ανοικτού ή του κλειστού διαγωνισμού σύμφωνα με τις περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις.¹¹

Η διαδικασία αυτή, ούσα εξαιρετική, παρουσιάζει παρεκκλίσεις ως προς την τήρηση ορισμένων κανόνων για την ανάθεση και τη σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης. Αρχικά, παρατηρείται μια ευελιξία ως προς το υποχρεωτικό της τήρησης διατάξεων των οδηγιών και συγκεκριμένα ως προς αυτές που άπτονται των αρχών της δημοσιότητας και του ανταγωνισμού. Εν συνεχεία, εξαιτίας των κινδύνων που εγκυμονεί η προσφυγή στη διαδικασία αυτή για την αναθέτουσα αρχή, καθώς οι κυρώσεις-παρακολούθημα της μη σύννομης χρήσης της διαδικασίας είναι αυξημένες, δύναται αυτή (η αναθέτουσα) να προβεί στη δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης γνωστοποίησης της βούλησης της να προσφύγει στη διαδικασία και έπειτα να αναμείνει 10 μέρες ("aten-daystandstill"). Σε ό,τι αφορά τώρα το βάρος απόδειξης αναφορικά με το αν συντρέχουν, εν τέλει, τα έκτακτα εκείνα πραγματικά περιστατικά που είναι ικανά να στοιχειοθετήσουν την προσφυγή

¹¹ Δ. Ράικος, ό.α, σελ. 312 επ.

στην εν λόγω διαδικασία αυτό το επωμίζεται ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών. Όπως και να έχει πάντως, η μοναδικά δεχόμενη ερμηνεία είναι σύμφωνη με την ΣυνθΛΕΕ, καθώς η υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης συνιστά θεμέλιο του πρωτογενούς ευρωπαϊκού ενωσιακού δικαίου.

Βέβαια για να μην απολέσει η εν λόγω οδηγία την αποτελεσματικότητά της στην πράξη τόσο τα κράτη μέλη όσο και οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να σέβονται αυτήν με το να μην προβλέπουν στις νομοθεσίες τους άλλες περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία που κείται εκτός οδηγίας και ακόμα στις ήδη υφιστάμενες διατάξεις να μην προβλέπεται η προσθήκη νέων όρων που θα οδηγούν σε ευκολότερη πρόσβαση στη διαδικασία.

2. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ.

Οι προβλεπόμενες στην κοινοτική νομοθεσία περιπτώσεις είναι οι εξής:

α. Η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για τεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων.

β. Η μη υποβολή προσφορών, η υποβολή ακατάλληλων προσφορών.

γ. Η προϋπόθεση του κατεπείγοντος.

α. Η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για τεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων (technical reasons or reasons connected with the protection of exclusive rights)

Ο συγκριμένος αυτός οικονομικός φορέας δεν αρκεί να είναι απλώς ο κατάλληλος και ο ικανός να εκτελέσει τη σύμβαση, αλλά πρέπει να είναι και το μοναδικό πρόσωπο έναντι οποιουδήποτε άλλου παρεχόντος ανάλογες υπηρεσίες.

Όσον αφορά στους τεχνικούς λόγους, προκειμένου να συναφθεί μια σύμβαση με έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ως τέτοιοι λογίζονται είτε η ύπαρξη μιας μόνο επιχείρησης που έχει την απαιτούμενη τεχνογνωσία για την κατασκευή ενός

έργου ή να παράγει ένα προϊόν, είτε όταν υφίσταται μόνο μια επιχείρηση που να ανταποκρίνεται στα τιθέμενα κριτήρια ανάθεσης. Πιο συγκεκριμένα, η σύμβαση θα ανατεθεί σε εκείνον μόνο τον φορέα που διαθέτει την τεχνογνωσία εντός όλης της επικράτειας της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ωστόσο, πρέπει να επισημανθεί ότι ο δυσχερής και σύνθετος χαρακτήρας του έργου δεν καθιστά αυτοτελή λόγο απόδειξης ότι πρέπει να ανατεθεί η σύμβαση σε έναν μόνο ανάδοχο.¹²

Η αναθέτουσα αρχή δύναται λοιπόν να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης όταν είτε για τεχνικούς λόγους (όπως η κατοχή αποκλειστικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων) είτε για λόγους που σχετίζονται με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, καθίσταται κρίσιμο απολύτως να ανατεθεί η εκτέλεση της σύμβασης σε συγκεκριμένο πρόσωπο, το οποίο ωστόσο, δε θα αρκεί είναι ικανό να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις απαιτούμενες υπηρεσίες, αλλά πρέπει να είναι και το μοναδικό μεταξύ άλλων προσφερόντων αντίστοιχων υπηρεσιών εντός όλης της επικράτειας της ευρωπαϊκής ένωσης. Το πρόσωπο αυτό έχει κατά μια έννοια οιονεί αποκλειστικό δικαίωμα, ή δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας ακόμα και αν δεν το έχει κατοχυρώσει.¹³

Επιπλέον, έχει κριθεί νομολογιακά ότι η πρόσκληση για υποβολή προσφοράς σε περισσότερες από μια επιχειρήσεις ή ακόμα και η προηγούμενη διενέργεια διαγωνισμού για το ίδιο αντικείμενο συνιστούν ενδείξεις υπέρ της μη ύπαρξης μοναδικότητας στο ενωσιακό επίπεδο. Συνεπώς, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να αιτιολογεί επαρκώς το γεγονός ότι πρόκειται για τη μοναδική κατάλληλη, συγκρινόμενη με άλλες εταιρείες, να προωθήσει όμοια δραστηριότητα στον αντίστοιχο τομέα. Πρέπει η διαδικασία αυτή υποστήριξης της εκάστοτε εταιρείας από την αναθέτουσα ως καταλληλότερης να βασίζεται σε ειδικά και επαρκώς, θεμελιώνοντας σε συγκεκριμένα στοιχεία την ανυπαρξία άλλου ενδιαφερομένου προσώπου φυσικού ή νομικού, το οποίο δύναται να παράσχει ανάλογες υπηρεσίες/αγαθά/έργα, πόσο μάλλον όταν στον ίδιο τομέα δραστηριοτήτων υφίσταται ήδη μεγάλος αριθμός ενεργών οικονομικών φορέων που δρουν σε συνθήκες ανταγωνισμού.

¹² ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013 με παραπομπή σε ΔΕΚ C-385/2002.

¹³ Δ. Ράικος, ό.α., σελ. 319 με παραπομπή σε ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ C-296/92, C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΕΣ Τμ. VI 2055/2010.

Ως λόγοι που άπτονται της προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας λογίζονται εκείνοι που αναφέρονται σε δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, δικαιώματα δηλαδή που δεν αποτελούν απλώς ιδέα, αλλά δημιουργήματα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή προσιτή στις αισθήσεις και παρουσιάζει πρωτοτυπία, με την έννοια ότι κανείς άλλος δημιουργός, πιθανολογώντας, δε θα μπορούσε να δημιουργήσει έργο όμοιο ή ότι παρουσιάζει μια προσωπική ιδιομορφία, η οποία ελέγχεται βάσει της στατιστικής μοναδικότητας ή ένα minimum δημιουργικού ύφους, κάποια απόσταση δηλαδή από τα ήδη γνωστά και αυτονόητα.

Έννοια της πρωτοτυπίας

Ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπα πνευματικό δημιουργήματα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, οι μουσικές συνθέσεις, με κείμενο ή χωρίς, τα θεατρικά έργα, με μουσική ή χωρίς, ...φωτογραφίες, τα έργα των εφαρμοσμένων τεχνών, οι εικονογραφήσεις, οι χάρτες, τα τρισδιάστατα έργα που αναφέρονται στη γεωγραφία, την τοπογραφία, την αρχιτεκτονική, την επιστήμη. Από τα συνδυασμό των ως άνω διατάξεων, συνάγεται ότι το έργο ως πνευματικό δημιουργήματα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή προσιτή στις αισθήσεις, προστατεύεται από τις εν λόγω διατάξεις του ν. 2121/1993, εφόσον συμβαδίζει με τις προϋποθέσεις που τίθενται από τη γενική ρήτρα (άρθρο 2 παρ.1 του ως άνω νόμου). Η πρωτοτυπία η έννοια της οποίας δεν προσδιορίζεται γενικά από το νόμο, είναι κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη, η κρίση ότι, κάτω από παρόμοιες συνθήκες και με την ίδια στοχοθεσία, οποιοσδήποτε άλλος δημιουργός κατά λογική πιθανολόγηση, θα ήταν αδύνατο να δημιουργήσει έργο όμοιο ή ότι παρουσιάζει μια προσωπική ιδιομορφία, η οποία ελέγχεται βάσει της στατιστικής μοναδικότητας ή ένα minimum δημιουργικού ύφους, κάποια απόσταση δηλαδή από τα ήδη γνωστά και αυτονόητα, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.

Αντικείμενο της προστασίας αυτής στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας είναι η μορφή και όχι η ιδέα που περιγράφεται σε ένα πνευματικό δημιουργήματα. Η διάκριση μεταξύ μορφής και ιδέας αποτελεί βασικό κανόνα για τον καθορισμό της εξέτασης της προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας αφού αυτή αποτελεί καίριο κριτήριο διαχωρισμού των στοιχείων που εμπίπτουν στο προστατευτικό πλαίσιο του

εν λόγω νόμου και εκείνων που τίθενται εκτός αυτού. Η διάκριση αυτή καθίσταται κρίσιμη διότι το σύνολο των έργων χρησιμοποιεί και έχει ως θεμέλιο προγενέστερα στοιχεία τα οποία είτε έχουν καταστεί κοινό κτήμα, είτε στερούνται αφ' εαυτών πρωτοτυπία, είτε από ελεύθερες πηγές. Το εννοιολογικό αυτό δίδυμο ιδέας - μορφής επιτελεί την ίδια λειτουργία σε όλες τις έννομες τάξεις.^{14 15}

Απαραίτητη προϋπόθεση για την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή η διαδικασία είναι η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων με την έννοια ο ανάδοχος είναι ο μόνος που δύναται να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση ενόψει του δικαιώματος αποκλειστικότητας που διαθέτει επί του πρωτότυπου έργου του, το οποίο και αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης.¹⁶ Αξίζει να σημειωθεί ότι η προστασία του εν λόγω έργου από τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας δεν μπορεί από μόνη της να δικαιολογήσει την εφαρμογή της ως άνω ρύθμισης, αλλά επιπροσθέτως, απαιτείται ο συγκριμένος ανάδοχος να είναι ο μόνος ικανός να παράσχει τις συγκεκριμένες υπηρεσίες, εφόσον δεν υπόκεινται αυτές σε ανταγωνισμό στην αγορά.

Σημειωτέον ότι, η προσφυγή στη διαδικασία αυτή δεν δικαιολογείται όταν υπάρχει απλώς πρόταση για σύναψη τέτοιας σύμβασης και επομένως, η διαδικασία καθίσταται στο σύνολο της μη νόμιμη. Όπως είναι αυτονόητο, ο υποβάλλων την πρόταση δεν απολαμβάνει οποιουδήποτε δικαιώματος αποκλειστικότητας ούτε τίθεται ζήτημα προστασίας της ως έργου.

Εξάλλου, η νομολογία απαιτεί να προηγείται της προσφυγής στην ως άνω διαδικασία μια στάθμιση όλων των οικονομικότεχνικών παραμέτρων που δικαιολογούν μια τέτοια προσφυγή. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκθέτει τους λόγους που την οδήγησαν στη διαδικασία αυτή αιτιολογώντας πλήρως και ειδικώς αυτήν της την απόφαση, αιτιολογία που πρέπει να απορρέει από τα στοιχεία του φακέλου¹⁷, ήτοι η επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση για λόγους τεχνικούς κλπ πρέπει να αιτιολογείται δεόντως με παράθεση στοιχείων που δικαιολογούν ειδικότερα την κατ' εξαίρεση εφαρμογή της. Η επιλογή αυτή εναπόκειται στην ουσιαστική εκτίμηση και κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας, υποκείμενη σε κάθε περίπτωση στο δικαστικό έλεγχο για την επάρκεια και την πληρότητα της αιτιολογίας. Πληρούνται, επομένως, οι

¹⁴ ΑΠ 152/2005.

¹⁵ Εφ Αθ 80/2008.

¹⁶ Τέτοιο πρωτότυπο δημιούργημα αποτελεί το λογισμικό του ηλεκτρονικού υπολογιστή, εφόσον αυτό είναι προσωπικό δημιούργημα του κατασκευαστή του· βλ. Πράξη ΕΣ 100/2008 Τμήμα VI.

¹⁷ ΕΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013.

προϋποθέσεις της αποκλειστικότητας και η σύναψη σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προηγούμενης σχετικής προκήρυξης, εφόσον οι αντισυμβαλλόμενοι εκδοτικοί οίκοι είναι αποκλειστικοί διαθέτες των ηλεκτρονικών επιστημονικών περιοδικών και την εν γένει απόκτηση από Α.Ε.Ι. δικαιωμάτων απομακρυσμένης πρόσβασης σε ηλεκτρονικές πηγές και υπηρεσίες πληροφόρησης. Στην περίπτωση αυτή η διενέργεια διαγωνισμού για τις εν λόγω υπηρεσίες θα καθίστατο άνευ αντικειμένου, αφού μόνο αυτοί λόγω του δικαιώματος αποκλειστικής διάθεσης, θα είχαν τη δυνατότητα να παράσχουν τις εν λόγω υπηρεσίες.¹⁸

Άξια αναφοράς είναι, στο σημείο αυτό, και η νομολογία του ΔΕΚ, το οποίο, με την απόφασή του επί των υποθέσεων C-20/2001 και C-28/2001 (Επιτροπή κατά Γερμανίας) προέβη σε ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 11 παρ. 3 στοιχ. β' της οδηγίας 1992/50/ΕΟΚ, η οποία ομοιάζει με τη ρύθμιση της οδηγίας 1993/37/ΕΟΚ, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης, και άρα στην ανάθεση σε έναν μόνο ενδιαφερόμενο, εφόσον τεχνικοί λόγοι το επιβάλλουν. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, η μοναδικότητα βασίστηκε στο γεγονός ότι το συμβαλλόμενο μέρος που κλήθηκε για διαπραγμάτευση ήταν ο μοναδικός που διατηρούσε εγκαταστάσεις καύσης απορριμμάτων σε κοντινή απόσταση από τους δήμους. Το Δικαστήριο, ωστόσο, έκρινε ότι η προαναφερθείσα διάταξη εφαρμόζεται μόνο σε περιπτώσεις που τεχνικοί, καλλιτεχνικοί ή σχετικοί με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων λόγοι οδηγούν στην ύπαρξη μίας μοναδικής επιχείρησης η οποία θα κληθεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Καθώς λοιπόν δεν προκύπτει κανένας λόγος καλλιτεχνικής φύσεως ή σχετικός με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, μένει να κριθεί εάν μπορούν να στηριχθούν τεχνικοί λόγοι για την υπαγωγή στην ως άνω διάταξη.¹⁹

Ειδικότερα, σύμφωνα με το Δικαστήριο, ακόμη και ένας σχετικός με την προστασία του περιβάλλοντος λόγος μπορεί να αποτελέσει τεχνικό λόγο, υπό την προϋπόθεση πάντα ότι δεν παραβιάζονται οι θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, με εξέχουσα εκείνη της απαγόρευσης των διακρίσεων, η οποία έχει άμεση συνάφεια με το δικαίωμα εγκατάστασης και ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

¹⁸ Πρβλ., Δ. Σολδάτο, Οι προμήθειες του Δημοσίου Τομέα, σελ. 277 με παραπομπή σε Πράξη 130/2007 VI Τμ. ΕΣ και υπ' αριθμ. 480/2005 και 121/2004 Γνωμ. ΝΣΚ.

¹⁹ Α. Γέροντας, Δίκαιο των Δημοσίων Έργων, σελ. 285 επ.

Πράγματι, η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης αποτελεί το πλέον πρόσφορο έδαφος για την προσβολή της αρχής αυτής. Αξίζει να αναφερθούν συνοπτικά τα πορίσματα του ΔΕΚ σε σχέση με τη συγκεκριμένη υπόθεση: πρώτον, η Γερμανική Κυβέρνηση δεν προέβαλε κάποιο αποδεικτικό στοιχείο που να στηρίζει τη θέση της ότι η καύση των απορριμμάτων αποτελεί κρίσιμο τεχνικό λόγο που να δικαιολογεί την ανάθεση αποκλειστικά στη συγκεκριμένη επιχείρηση· δεύτερον, ούτε το επιχείρημα της εγγύτητας μπορεί να στοιχειοθετήσει τεχνικό λόγο, αφού και αυτό τυγχάνει ελλιπούς αποδεικτικής στήριξης. Πιο συγκεκριμένα, δεν αποδείχθηκε ότι η μεταφορά των απορριμμάτων σε μεγαλύτερη απόσταση αποτελούσε κίνδυνο για το περιβάλλον ή τη δημόσια υγεία. Τέλος, η εγγύτητα από μόνη της δεν μπορεί να αποτελέσει τεχνικό λόγο υπό την έννοια της ως άνω διάταξης.²⁰ Καταληκτικά, από τη νομολογία του ΔΕΚ προκύπτει ότι η επίκληση τεχνικών λόγων πρέπει να συνοδεύεται σωρευτικά από δύο προϋποθέσεις, αυτήν της τεχνικής ιδιομορφίας των έργων και της απόλυτης αναγκαιότητας –ενόψει αυτής της ιδιομορφίας- να ανατεθεί η σύμβαση σε συγκεκριμένη επιχείρηση.²¹

Ανάλογη είναι και η στάση της εγχώριας νομολογίας και ειδικότερα του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο, με την απόφαση 17/2005 της Επιτροπής Αναστολών έκρινε ότι η προσφυγή κατ'εξαιρεση στην ως άνω διαδικασία επιτρέπεται, μεταξύ άλλων περιπτώσεων, και όταν πρόκειται για έργα τα οποία για τεχνικούς λόγους μπορούν να ανατεθούν είτε σε έναν μοναδικό εργολήπτη είτε σε έναν μοναδικό υποψήφιο είτε σε περισσότερους αλλά πάντως ελάχιστους, οι οποίοι είναι μόνοι ικανοί να εκτελέσουν το έργο. «Τούτο δε διότι σκοπός της εν λόγω διάταξης είναι να παράσχει τη δυνατότητα προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία επιλογής αναδόχου στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες θα ήταν άσκοπη η προσφυγή στις λοιπές διαδικασίες, εφόσον τεχνικοί λόγοι αποκλείουν την ανάπτυξη ανταγωνισμού μεταξύ ικανού προς τούτο αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων για την ανάληψη εκτελέσεως συγκεκριμένου έργου. Συνεπώς, περίπτωση εφαρμογής της ανωτέρω διάταξης δεν συντρέχει όταν μόνο το υπό ανάθεση έργο δύναται να εκτελεστεί από έναν, υπό την αριθμητική έννοια του όρου, εργολήπτη. Αλλά και όταν συντρέχουν ταυτόσημες συνθήκες που επιτρέπουν σε ελάχιστους εργολήπτες να εκτελέσουν το έργο αυτό. Στη δεύτερη αυτή περίπτωση, η

²⁰ Το ίδιο ζήτημα απασχόλησε το ΔΕΚ στην απόφασή του C-57/1994 (Επιτροπή κατά Ιταλίας).

²¹ Α. Γέροντας, ό.α., σελ. 285 επ.

αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει προς συμμετοχή όλες τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που πληρούν τις ειδικές, κατά περίπτωση, προϋποθέσεις εκτέλεσης του υπό ανάθεση έργου».

β. Η μη υποβολή προσφορών ή υποβολή ακατάλληλων προσφορών

Πρόκειται για μια ακόμα περίπτωση που προβλέπει το άρθρο 31 παρ. 1 περ. α' της οδηγίας 2004/18, κατά την οποία οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να κάνουν χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, αρκεί βέβαια να συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις σωρευτικά: α) να υφίσταται ήδη προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, β) να μην υποβλήθηκε καμία προσφορά ή από τις προσφορές που υποβλήθηκαν να μην ήταν καμία κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην έχουν μεταβληθεί ουσιωδώς οι όροι της σύμβασης όπως είχαν τεθεί αρχικά.

Σε όλες τις ως άνω περιπτώσεις, εφόσον η αναθέτουσα έχει ήδη διεξάγει διαγωνιστική διαδικασία, η οποία απέβη άκαρπη ως προς την εύρεση οικονομικού φορέα που να ταιριάζει πλήρως στις ανάγκες της, μπορεί να αποφύγει να επαναλάβει της διατυπώσεις δημοσιότητας που απαιτούνται ούτως ώστε να έχει η ίδια την ελευθερία να επιλέξει τη μέθοδο που θα ακολουθήσει για την ανεύρεση του κατάλληλου αναδόχου.

Γίνεται δεκτό πάντως ότι η αναθέτουσα πάρα το γεγονός ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, δεν δεσμεύεται από αυτό και δύναται να τηρήσει πάλι τους κανόνες δημοσιότητας των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτοί έχουν τεθεί από τον ενωσιακό νομοθέτη. Μια τέτοια δε πρακτική αποτελεί το καλύτερο δείγμα της προθέσεως της αναθέτουσας αρχής να μην αντιστρατευτεί σε θεμελιώδεις κανόνες της οικείας ενωσιακής νομοθεσίας. Επιπλέον, δεν πρέπει ποτέ να λησμονάται ο πάντα ορατός κίνδυνος επιβολής κυρώσεων, αν οι όροι προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία δεν συντρέχουν. Συνεπώς, θα ήταν φρόνιμο εκ μέρους της αναθέτουσας να εκκινήσει τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης απευθύνοντας πρόσκληση σε όλους τους υποψηφίους, οι οποίοι είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές.

Όσον αφορά στην έννοια της ακαταλληλότητας μιας προσφοράς αυτή μπορεί να συνοψιστεί στα ακόλουθα: πρόκειται για την προσφορά εκείνη η οποία δεν προσεγγίζει καθόλου ως προς την ουσία και το περιεχόμενο της τα προαπαιτούμενα που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή βάσει εγγράφων(τεχνικές προδιαγραφές) και έχουν άμεση συνάρτηση με τις ανάγκες του εκάστοτε έργου, υπηρεσίας ή προμήθειας. Επομένως, μια τέτοια προσφορά δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ως μη υποβληθείσα προσφορά.

Εκτός των άλλων από το γράμμα των ανωτέρω διατάξεως της οδηγίας συνάγεται ότι υπάρχει συσχέτιση μεταξύ της μη υποβληθείσας προσφοράς και της περίπτωσης απουσίας προσφοράς, οι οποίες δύνανται διαζευκτικά να οδηγήσουν σε απευθείας ανάθεση. Τόσο τα αποτελέσματα όσο και οι δυσκολίες που προκύπτουν από τις προαναφερθείσες περιπτώσεις παρουσιάζουν ομοιότητες, ενόψει του ότι οι απαιτήσεις (τεχνικές προδιαγραφές) που έχουν τεθεί από τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, εξαιτίας της μη υποβολής ή υποβολής ακατάλληλων προσφορών, δεν ικανοποιούνται.²² Αξίζει να σημειωθεί ότι στην έννοια της ακατάλληλης προσφοράς δεν υπάγονται οι μη οικονομικά συμφέρουσες για την αναθέτουσα αρχή προσφορές.²³ Εξάλλου, αν κατά τη διεξαγωγή επαναληπτικού διαγωνισμού υποβλήθηκε τουλάχιστον μία προσφορά, η οποία ωστόσο κρίθηκε ως «μη κανονική», και ως εκ τούτου δεν έχει διερευνηθεί η καταλληλότητά της, δεν μπορούμε να προσφύγουμε στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, καθώς κάτι τέτοιο θα αντιστρατευόταν το γράμμα της διάταξης της Οδηγίας, η οποία συγκεκριμένα επιβάλλει ότι «καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη».²⁴

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονισθεί ότι, για την προσφυγή κατ' εξαίρεση στην εν λόγω διαδικασία, προϋποτίθεται να μην έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι όροι της αρχικής διαγωνιστικής διαδικασίας –ανοικτής ή κλειστής–, η οποία είναι πιθανό να έχει ματαιωθεί λόγω μη υποβολής καμίας προσφοράς.

Όπως προαναφέρθηκε, μία από τις θεμελιώσεις αρχές που διέπουν όλο το φάσμα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα τη διαγωνιστική διαδικασία, είναι εκείνη της δημοσιότητας. Η τήρηση της εν λόγω αρχής από τις αναθέτουσες αρχές είναι επιβεβλημένη, επί ποινή ακυρότητας της διαδικασίας με

²² Βλ. Δ. Ράικο, ό.π., σελ. 316.

²³ ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009

²⁴ ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12.2.2013, σκ. 10.

διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι μη νόμιμη –ακόμη και αν τελικά ματαιώθηκε λόγω ακαταλληλότητας- διαγωνιστική διαδικασία δε θα μπορούσε να οδηγήσει σε έγκυρη διαδικασία με διαπραγμάτευση, καθώς η έλλειψη νομιμότητας της πρώτης (κανόνας) συμπαρασύρει και τη δεύτερη (εξαιρέση).

Εκτός των άλλων, όπως ήδη επισημάνθηκε, η εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης επιτρέπεται μόνο ως επακόλουθο ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, επί των οποίων οι προσφορές που υποβλήθηκαν κρίθηκαν ως αντικανονικές ή απαράδεκτες, άρα και η αναθέτουσα θα προσκαλέσει για συμμετοχή στην εν λόγω διαδικασία όλους αυτούς που έχουν υποβάλλει στην ανοικτή ή κλειστή διαδικασία παραδεκτές προσφορές. Επομένως, εύλογα συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να προβεί στην πρόκληση και άλλων νέων υποψηφίων στην διαδικασία, που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας εργασίας.²⁵

Με βάση λοιπόν, το παραδεκτό των προσφορών έπεται το στάδιο των διαπραγματεύσεων, κατά το οποίο οι προσφέροντες δύνανται να κάνουν οποιοσδήποτε αλλαγές είτε οικονομικές είτε τεχνικές, ούτως ώστε να προσαρμοστούν όσο το δυνατόν περισσότερο στους όρους που ετέθησαν στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Οπότε και σύμφωνα με το νόμο, το σύστημα αυτό εν τοις πράγμασι λειτουργεί δίχως να προβλέπεται κανένας έλεγχος του περι του παραδεκτού των προσαρμοσμένων εκ νέου στην προκήρυξη προσφορών, καθώς αυτός και έχει ήδη πραγματοποιηθεί και αποτελούσε και προϋπόθεση για τη συνέχεια της διαδικασίας.²⁶

γ. Επείγουσες περιπτώσεις

Η έννοια του επείγοντος είναι μια από αυτές που δικαιολογούν την ανάγκη ταχύτερης διαδικασίας ως προς τη διενέργεια του διαγωνισμού. Για το λόγο αυτό αποτελεί και έναν από τους περιοριστικά αναφερόμενους στο ενωσιακό δίκαιο λόγους, που καθιστά δυνατή την απευθείας ανάθεση, εφόσον βέβαια συντρέχουν αθροιστικά ορισμένες προϋποθέσεις.

Ειδικότερα, κατά το άρθρο 31 παρ. 1 γ' της οδηγίας 2004/18 οι αναθέτουσες αρχές έχουν ευχέρεια μεν, εν αντιθέσει με το γενικό κανόνας διενέργειας ανοικτών και κλειστών διαγωνισμών, να προβαίνουν στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων

²⁵ Βλ. Δ. Ράικο, ό.π., σελ. 317.

²⁶ ΕΑ, ΣτΕ 515/2008.

προσφεύγοντας στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, δίχως να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, εφόσον βέβαια κριθεί απαραίτητο απολύτως (strictly-necessary), καθώς εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές που έχουν εκφράσει ενδιαφέρον για τη σύναψη είναι αδύνατη η τήρηση των στενών προθεσμιών που προβλέπονται είτε στις ανοικτές είτε στις κλειστές διαδικασίες είτε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση. Σωρευτικά είναι υποχρεωτικό η επίκληση τέτοιων περιστάσεων από τις αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης να μη προκύπτουν σε καμία περίπτωση από δική τους υπαιτιότητα.

Πιο συγκεκριμένα, για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις:

- α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος,
- β) η ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δε συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν οι άλλες διαδικασίες και
- γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει.

Συνεπώς, αν μία από τις ως άνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται δεν είναι δυνατή και η εφαρμογή της διάταξης αυτής.

Οριοθετώντας την έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων, σε αυτήν συμπεριλαμβάνονται γεγονότα αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν εξαιτίας ελλείψεως προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής. Ήτοι, πρόκειται για γεγονότα που ξεφεύγουν κατά πολύ του συνήθους ρου των οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών, λόγω χάρη οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ), οι οποίες καθιστούν επειγόντως κρίσιμη και απαραίτητη την παράδοση των προμηθειών σε όσους έχουν πληγεί. Αυτή η απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει βέβαια να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη, αναφερόμενη στα κρίσιμα σημεία που οδήγησαν αυτήν να προσφύγει στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία.

Όπως προλέχθηκε, στις διατάξεις αυτές δε χωρεί διασταλτική ερμηνεία. Άρα, αν μπορεί αναθέτουσα εγκαίρως να αναθέσει την εκάστοτε σύμβαση με τη σύντομη διαδικασία της επιλογής (the accelerated restricted procedure) αντί της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, τότε δεν είναι σύννομη η προσφυγή στη δεύτερη. Κατ' αυτόν τον τρόπο, το ΔΕΚ έκρινε στην υπόθεση του Πανεπιστημίου της Μαδρίτης ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και διαμόρφωση κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, καθώς το πανεπιστήμιο θα μπορούσε πετύχει τα ίδια αποτελέσματα προσφεύγοντας στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με συντόμευση των σχετικών προθεσμιών.

Με το ίδιο σκεπτικό, δεν καθίσταται επιτρεπτή η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία αν η αναθέτουσα μπορούσε να προβλέψει όλες τις προς κάλυψη ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως. Ειδικότερα, αν για ορισμένες απαιτήσεις έχουν διατυπωθεί προηγουμένως, όπως λόγου χάρη για την εξασφάλιση ικανής ποσότητας αντιδραστηρίων WNV προς διενέργεια μοριακού ελέγχου αίματος για τον ιό του Δυτικού Νείλου, ρητά διακηρύξεις και συμβάσεις της αναθέτουσας, έχει λάβει δηλαδή ήδη γνώση της υφιστάμενης κατάστασης, και η ανάγκη να συναφθούν σχετικές συμβάσεις είναι συνεχής και επαναλαμβανόμενη, και ανακύπτει δε ετησίως, η ανάγκη προμήθειας των σχετικών υλικών συνιστά σύνηθες στοιχείο που μπορεί προβλεφθεί κατά τη διαδικασία λήψης μέτρων προστασίας κατά την εκδήλωση επιδημίας του ιού του Δυτικού Νείλου, η οποία δρα σε ετήσια βάση και κυρίως τους θερινούς και φθινοπωρινούς μήνες, κατάσταση η οποία και ήταν γνωστή εκ των προτέρων και από τη μεριά της η αναθέτουσα όφειλε να μεριμνήσει για την άμεση διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών ούτως ώστε να συναφθούν οι οικείες συμβάσεις, σύμφωνα με τις κοινές περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων προμηθειών διατάξεις. Επομένως, δεν στοιχειοθετείται επείγουσα ανάγκη, η οποία πηγάζει από απρόβλεπτα γεγονότα για την αναθέτουσα αρχή, για τα οποία δεν υπέχει η τελευταία ευθύνη, και η οποία δεν επιτρέπει την τήρηση των προθεσμιών που απαιτούνται σε περίπτωση προκήρυξης διαγωνισμού.

Επιπλέον, δεν μπορεί η αναθέτουσα να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης μόνο και μόνο με την αιτιολογία ότι ο διεθνής ανοικτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται

και τα υπό προμήθεια είδη δεν έχει ακόμα λάβει τέλος. Αυτό συμβαίνει διότι, ένα τέτοιο γεγονός δε θα αποτελούσε απρόβλεπτο και ασυνήθιστο με την έννοια που τέθηκε ως άνω, ήτοι ένα γεγονός που δεν ήταν αντικειμενικά δυνατόν να προβλεφθεί με βάση τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών προμηθειών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Πιο συγκεκριμένα, ομολογουμένως η διάρκεια της διενέργειας διαγωνισμών, λόγω των δημοσιεύσεων που απαιτούνται κατ' ελάχιστον να γίνουν ή ενδεχόμενης υποβολής ενστάσεων, προσφυγών ή και ασφαλιστικών μέτρων από τους συμμετέχοντες, δεν αποτελεί απρόβλεπτη κατάσταση, η οποία να έχει άμεση συνάφεια με την κατεπείγουσα ανάγκη απευθείας ανάθεσης της σχετικής προμήθειας.

Όσον αφορά στις συμβάσεις δημοσίων έργων, διαγωνισμός που συντελείται μεταξύ περιορισμένου αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων που έχουν προσκληθεί, χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης για την κατασκευή δημοσίου έργου, έχει εφαρμογή σε ειδικές περιοριστικά οριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Ειδικά κατά το άρθρο 28 ν. 3669/2008 «Κύρωση της Κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων» προβλέπεται η περίπτωση της κατασκευής έργων επί έργων που ήδη εκτελούνται προς αποτροπή σοβαρού επικείμενου κινδύνου ή επίσης συνέχισης εργασιών έπειτα από διάλυση εργολαβικής σύμβασης.

Έτσι, κρίθηκε ότι συντρέχουν οι σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επειδή συντρέχει επείγουσα ανάγκη (που συνίσταται στην ανάγκη αποκατάστασης της βλάστησης του τοπίου στο σύνολο του αρχαιολογικού χώρου της Ολυμπίας, με έμφαση στον Κρόνιο Λόφο, στους λόφους Ζούνη Καλόσακα, στον ευρύτερο χώρο του Νέου Μουσείου και στο Άλσος της Διεθνούς Ολυμπιακής Ακαδημίας), ιδιαιτέρως ενόψει του αυστηρού χρονοδιαγράμματος ενεργειών που επιτάσσουν : α) οι φυτοκομικές και αναδασωτικές εργασίες για την τρέχουσα φυτοκομική περίοδο και β) η τελετή αφής της Ολυμπιακής Φλόγας στην Αρχαία Ολυμπία για τους Ολυμπιακούς Αγώνες του Πεκίνου (το Μάρτιο του 2008) που οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα, τα οποία δεν απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής αλλά στη μεγάλη πυρκαγιά που ξέσπασε στο Νομό Ηλείας στις 26 Αυγούστου του 2007 και συγκεκριμένα στην Αρχαία Ολυμπία

και καθιστούν αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης.²⁷

Εν αντιθέσει με το ως άνω συμβάν, δεν θα πρέπει να θεωρείται νόμιμη η προσφυγή στη διαδικασία αυτή για την προμήθεια υλικών από νοσοκομείο, ενόψει του ότι δεν έχει συντρέξει κάποια κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία να οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις. Και αυτό διότι δεν προκύπτει η ύπαρξη εξωγενούς, έκτακτου και ασυνήθιστου παράγοντα, που δεν ήταν αντικειμενικά δυνατόν να προβλεφθεί, με βάση τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό της σχετικής προμήθειας από την αναθέτουσα αρχή και το οποίο κρίνεται άξιο να δικαιολογήσει την προσφυγή σε αυτήν την έκτακτη διαδικασία ανάθεσης.

Καταλήγοντας σε σχέση με τη συγκεκριμένη προϋπόθεση προσφυγής στη διαδικασία αυτή, η στάση της νομολογίας τόσο σε εθνικό όσο και σε ενωσιακό επίπεδο είναι επιφυλακτική και αυστηρή ως προς τη συνδρομή του κατεπείγοντος και ειδικότερα του απρόβλεπτου χαρακτήρα των περιστάσεων, χωρίς βέβαια αυτό να σημαίνει ότι η στάση της δεν κάμπτεται ορισμένες φορές. Αυτό συνέβη και στο ζήτημα που τέθηκε σχετικά με το αν οι δικαστικές εμπλοκές που προκύπτουν εν μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών αποτελούν απρόβλεπτο γεγονός, το οποίο να καθιστά επιτρεπτή την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με την πλειοψηφία των αποφάσεων να τάσσεται αρνητικά ως προς το απρόβλεπτο και το επείγον της εν λόγω περίπτωσης.

Προς επίρρωση των ως άνω αξίζει να αναφερθεί συνοπτικά μια εγχωρία απόφαση προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη προκήρυξη λόγω επείγουσας περίπτωσης και πιο συγκεκριμένα απόφαση του Υπουργείου Δικαιοσύνης Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (Γεν. Δ/ση Οικονομικών-Διοικητικών Υπηρεσιών και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Δ/ση Οικονομικού, Τμήμα Οικονομικής Διαχείρισης και Προμηθειών). Ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. 92722/2010 σύμβαση ανατέθηκε από το εν λόγω Υπουργείο η παροχή υπηρεσιών υποβοήθησης στην τήρηση πρακτικών των συνεδριάσεων των Πολυμελών Πρωτοδικείων της Χώρας και των τακτικών διαδικασιών αρμοδιότητας των Μονομελών Πρωτοδικείων Αθηνών, Θεσσαλονίκης και Πειραιά, με το σύστημα της

²⁷ Πράξη ΕΣ 74/2008 Τμήμα VI.

ηχογράφησης-αποηχογράφησης. Η ισχύς της υπό εκτέλεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών λήγει στις 15.09.2012, η δυνατότητα δε περαιτέρω παράτασης αυτής δεν έχει προβλεφθεί.

Για το λόγο αυτό 6 μήνες πριν και συγκεκριμένα με την υπ' αριθμ. Απόφαση του Υπουργού προκηρύχθηκε ανοικτός, δημόσιος, διεθνής διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την ανάθεση των ως άνω υπηρεσιών συνολικού κόστους 2.700.000 ευρώ. Ωστόσο, για λόγο που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του Υπουργείου έως και την 7-9-2012 (ημέρα έκδοσης και δημοσίευσης της εν λόγω απόφασης) δεν κατέστη εφικτή η ανάθεση της ως άνω σύμβασης. Και καθώς την 15-9-2012 λήγει η σύμβαση παροχής υπηρεσιών που υπάρχει και στο μεσοδιάστημα αυτό είναι αδύνατο να συναφθεί η σύμβαση μέσω του διαγωνισμού, προκειμένου να μην επέλθει διακοπή της παροχής υπηρεσιών και ως άμεσο επακόλουθο της διακοπής αυτής η αδυναμία τήρησης από τα δικαστήρια της χώρας πρακτικών με το σύστημα αυτό της ηχογράφησης-αποηχογράφησης, είναι απαραίτητο να διατηρηθεί η υπηρεσία αυτή, αφού πρόκειται για την πλέον αναγκαία προϋπόθεση για την εξασφάλιση της αδιατάρακτης, ορθής και ταχείας απονομής της δικαιοσύνης και την εν γένει ομαλή λειτουργία των δικαστηρίων.

Εν συνεχεία, από μία σειρά εγγράφων των διοικήσεων των μεγαλύτερων πρωτοδικείων της χώρας (Αθήνα, Πειραιάς, Θεσσαλονίκη) προς το Υπουργείο Δικαιοσύνης εύλογα συνάγεται ότι οι σχετικές υπηρεσίες είναι αδύνατο να προσφερθούν από τους υπάρχοντες ήδη δικαστικούς υπαλλήλους και η αλλαγή για οποιονδήποτε λόγο αυτή προκληθεί θα έχει ως αποτέλεσμα σοβαρή και αναπλήρωτη δυσλειτουργία στα δικαστήρια, διότι η τήρηση των πρακτικών με τις συνθήκες που επικρατούν την περίοδο αυτή στα δικαστήρια δεν μπορεί να επιτευχθεί με κανέναν άλλο τρόπο παρά μόνο με το υπάρχον σύστημα, το οποίο έχει μεγάλη συνεισφορά στην ταχύτητα διεπεραίωσης των υποθέσεων αλλά και στη βελτίωση απονομής της δικαιοσύνης και την ομαλή λειτουργία των δικαστηρίων, δίνοντας τα μέγιστα στην ακριβή, ασφαλή και ορθή τήρηση των πρακτικών.

Συντρέχει, συνεπώς, **κατεπείγουσα περίπτωση** για ανάθεση με διαπραγμάτευση και ειδικότερα με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης διαγωνισμού της σύμβασης παροχής υπηρεσιών υποβοήθησης στην τήρηση πρακτικών των συνεδριάσεων τους, και πιο συγκεκριμένα των Πολυμελών

Πρωτοδικείων της Χώρας και των τακτικών διαδικασιών αρμοδιότητας των Μονομελών Πρωτοδικείων Αθηνών, Θεσσαλονίκης και Πειραιά με ο σύστημα της ηχογράφηση - αποηχογράφησης. Η ανάγκη αυτή συνίσταται στην απρόσκοπτη και αδιάλειπτη παροχή δημόσιας υπηρεσίας τήρησης πρακτικών των δικαστηρίων, αποκλειστικά και μόνο για το χρονικό διάστημα από τη λήξη της ισχύος της υφιστάμενης της υφιστάμενης συμβάσεως έως και την υπογραφή της σύμβασης με τον ανάδοχο, ο οποίος θα προκύψει από τη διαγωνιστική διαδικασία που βρίσκεται σε εξέλιξη, και καθώς φαίνεται δε υπερβεί τους τρεις μήνες και δεκαπέντε ημέρες. Η ανωτέρω κατεπείγουσα ανάγκη δε συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες ανάθεσης, οι οποίες προβλέπονται στην κοινοτική και εθνική νομοθεσία, αφού η τήρηση αυτών δεν θα επέτρεπε τη σύναψη σύμβασης πριν τις 15.09.2012, καθιστώντας ως εκ τούτου, αναπόφευκτη την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

Επιπλέον, η μη έγκαιρη ολοκλήρωση του διαγωνισμού που βρίσκεται σε εξέλιξη για τις ως άνω υπηρεσίες οφείλεται σε **απρόβλεπτο γεγονός**, το οποίο συνίσταται στις, καταθέσεις από τους υποψηφίους αναδόχους του έργου, δύο (2) στον αριθμό προδικαστικές προσφυγές και μια αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (η οποία θα εκδικασθεί στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών στις 5.9.2012) κατά αποφάσεων του Δ.Σ. του ΤΑ.Χ.ΔΙ.Κ. που αφορούν τη διαγωνιστική διαδικασία, εξαιτίας των οποίων οδηγήθηκε ήδη σε αναστολή η υπογραφή της σύμβασης, βάσει της παρ. 2 του άρθ. 5 του ν. 3886/2010, με αποτέλεσμα να έχει ανατραπεί εντελώς ο χρονικός προγραμματισμός ολοκλήρωσης του διαγωνισμού.

Οι καθυστερήσεις αυτές, ως μνημονεύονται συνοπτικά ως άνω, δημιουργούν καθυστερήσεις στην εξέλιξη του διαγωνισμού, οι οποίες οφείλονται σε απρόβλεπτα γεγονότα και ως τέτοια νοούνται αυτά που προκλήθηκαν από υπαιτιότητας τρίτων και όχι του Υπουργείου Δικαιοσύνης, ως αναθέτουσας αρχής, το οποίο από τη μεριά του είχε φροντίσει να λάβει κάθε δυνατό μέτρο επιμέλειας για να ολοκληρωθεί εγκαίρως ο διαγωνισμός και να μην υπάρξει διακοπή στην παροχή υπηρεσιών ηχογράφησης και αποηχογράφησης των πρακτικών.

Ειδικότερα το Υπουργείο προέβη στις ακόλουθες ενέργειες, οι οποίες και αποτυπώνουν με ξεκάθαρο τρόπο την έλλειψη υπαιτιότητας του για την μη έγκαιρη σύναψη της σύμβασης: α) είχε προετοιμάσει τα τεύχη δημοπράτησης του

διαγωνισμού ήδη από τον Δεκέμβριο του 2011, παρά το γεγονός ότι η δημοσίευση της προκήρυξης συντελέστηκε στις 08.03.2012 καθώς κρίθηκε σκόπιμη η επέκταση του φυσικού αντικείμενου του έργου προς τον σκοπό της επιτάχυνσης της απονομής δικαιοσύνης, με την προσθήκη στο έργο των ειρηνοδικείων, ως δικαστηρίων στα οποία μπορεί να εφαρμοστεί και σε αυτά το σύστημα της ηχογράφησης και αποηχογράφησης των πρακτικών, όπως προβλέφθηκε και από αρθ. 8 παρ. 3 του ν. 4055/2012, και δημοσιεύτηκε στις 12.03.2012, έπειτα από ψήφιση του στη Βουλή. Πάντως εξαιτίας και των περικοπών των κονδυλίων του τακτικού προϋπολογισμού ήταν απαραίτητη η χρηματοδότηση του έργου (2.700.000 συνολικός προϋπολογισμός) από το Ταμείο Χρηματοδότησης Δικαστικών Κτιρίων (ΤΑ.Χ.ΔΙ.Κ.), δυνατότητα που υφίσταται πλέον με τη διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 του ν. 4043/2013 (δημοσίευση στις 13.02.2012).

Κατόπιν, των ανωτέρω ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε εγκαίρως στις 8-3-2012, διάστημα το οποίο και κατά την εύλογη κρίση και τα διδάγματα της πείρας της υπηρεσίας ήταν αρκετό έως τις 15.09.2012 για την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης. Η κρίση αυτή της υπηρεσίας βασίζεται στην εμπειρία της από την προηγούμενη ανάθεση της σύμβασης που είναι σε ισχύ τώρα, ο διαγωνισμός για την οποία προκηρύχθηκε στις 7.4.2010 (υπ' αριθμ. 31155 απόφαση) και ολοκληρώθηκε με την κατακύρωση αυτής στις 13.09.2010 (υπ' αριθμ. 78213 απόφαση), ήτοι εντός πέντε περίπου μηνών, χρονικό διάστημα το οποίο είχε στη διάθεση του το Υπουργείο και για τη σύμβαση που είναι σε εξέλιξη. Συνεπώς, η υπηρεσία αντικειμενικά δε θα μπορούσε να είχε προβλέψει την καθυστέρηση της διαδικασίας του διαγωνισμού.

Είναι λοιπόν προφανές, η επείγουσα ανάγκη **συνδέεται αιτιωδώς** με το απρόβλεπτο γεγονός της καθυστέρησης του εν εξελίξει διαγωνισμού, που προέκυψε λόγω των σχετικών προδικαστικών προσφυγών και των δικαστικών εμπλοκών.

Συνοψίζοντας, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προηγούμενη προκήρυξης αφορά αποκλειστικά και μόνον την ανάθεση των υπηρεσιών εκείνων που είναι πραγματικά αναγκαίες για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης περίπτωσης, ήτοι αποκλειστικά και μόνο για το χρονικό διάστημα από τη λήξη ισχύος της ήδη υπάρχουσας σύμβασης έως και την υπογραφή της σύμβασης με τον ανάδοχο, ο οποίος και θα προκύψει από το διαγωνισμό που βρίσκεται σε εξέλιξη και μόνο για τα Πολυμελή Πρωτοδικεία της Χώρας και τις Τακτικές

διαδικασίες αρμοδιότητας των Μονομελών Πρωτοδικείων Αθηνών, Θεσσαλονίκης και Πειραιά, στα οποία ήδη εφαρμόζεται το σύστημα των πρακτικών των συνεδριάσεων με το σύστημα της ηχογράφησης-αποηχογράφησης.

Ενόψει των ανωτέρω, συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα και για τα οποία δεν έχει υπαιτιότητα η υπηρεσία, συνεπεία των οποίων δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές και τις κλειστές διαδικασίες αλλά και για τη διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης. Για το λόγο αυτό καθίσταται αναγκαία η προσφυγή στη διαδικασία ,που είναι και το βασικό θέμα της παρούσας εργασίας, με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών υποβοήθησης στην τήρηση των πρακτικών, όπως έχει αναφερθεί πιο πάνω, για το χρονικό διάστημα από τη λήξη ισχύος της υφιστάμενης συμβάσεως έως και την υπογραφή της σύμβασης με τον ανάδοχο που θα προκύψει από την εν εξελίξει διαδικασία. Για τους λόγους αυτούς αποφασίστηκε η πρόσκληση για διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του διαγωνισμού, τουλάχιστον δύο υποψηφίων για τη σύναψη σύμβασης για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών υποβοήθησης στην τήρησης πρακτικών των δικαστηρίων της χώρας με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή. Το αντικείμενο της σύμβασης και οι ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές του έργου θα είναι σύμφωνες με την υπ' αριθμ. 31155/07.04.2010 διακήρυξη του διαγωνισμού.

3. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ

Στο άρθρο 31 παρ. 2 β' της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 25 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007 με τον τίτλο Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού) προβλέπονται οι περιπτώσεις κατά τις οποίες αναθέτουσες μπορούν να προσφεύγουν στη διαδικασία, προκειμένου για συμβάσεις προμηθειών.

Η πρώτη περίπτωση που απαριθμείται στο νόμο αφορά προϊόντα, τα οποία κατασκευάζονται μόνο για σκοπούς έρευνας πειραματισμού, μελέτης και ανάπτυξης και για ποσότητες οι οποίες δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να ικανοποιήσουν την εμπορική βιωσιμότητα τους ή την απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης.

Είναι, δηλαδή, περιπτώσεις προμηθειών πρωτοτύπων προϊόντων με την έννοια της νέας τεχνικής ή νέων υλικών. Δεν θα πρέπει επομένως, να γίνει δεκτή εφαρμογή της διάταξης αν εξασφαλίζεται η εμπορική βιωσιμότητα αυτών των προϊόντων ή απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης. Αν βέβαια προκύψει περαιτέρω ενδιαφέρον του δημόσιου φορέα, για αγορά και άλλων όμοιων προϊόντων πέραν του πρωτοτύπου, οφείλει να προσφύγει είτε σε ανοικτή είτε σε κλειστή διαγωνιστική διαδικασία.

Εξάλλου, ενώ θεμελιώδεις αρχές που διατρέχουν την οδηγία αναφορικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων είναι αυτές του ανταγωνισμού και της δημοσιότητας, όταν ισχύουν τα ως άνω δεδομένα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης δίχως να τηρηθούν οι αρχές αυτές για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών.

Δεύτερη περίπτωση που προβλέπει η οδηγία είναι αυτή των συμπληρωματικών παραδόσεων («additional purchases»), εφόσον βέβαια αυτές γίνονται από τον αρχικό προμηθευτή ή για την εν μέρει ανανέωση προμηθειών, εγκαταστάσεων τρέχουσας χρήσης ή για την διεύρυνση των ήδη υπαρχόντων προμηθειών ή εγκαταστάσεων. Βασική παράμετρος για την ομαλότητα της περίπτωσης αυτής συνιστά η αλλαγή προμηθευτή να ανάγκαζε την αναθέτουσα να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία κατά την εκτίμηση της είτε θα ήταν ασυμβίβαστα είτε θα προκαλούσαν τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και τη συντήρησή τους. Μόνο εξαιρετικοί λόγοι επαρκώς και ειδικώς αιτιολογημένοι θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν την διάρκεια των συμβάσεων αυτών άνω των τριών ετών.

Πρέπει να τονισθεί ότι οι ανωτέρω προϋποθέσεις (συμπληρωματικές παραδόσεις, χρονική διάρκεια) πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Αυτό συμβαίνει διότι, είναι πολύ σημαντικό η περίπτωση αυτή να γίνει κατανοητό ότι τυγχάνει διαφορετική από αυτήν της τεχνικής μοναδικότητας αφενός, η οποία και εφαρμόζεται σε όλο το φάσμα των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι έργων, υπηρεσιών και προμήθειας, και απαιτεί την μοναδικότητα του οικονομικού φορέα για την σύναψη της σύμβασης με την εν λόγω διαδικασία, και από την περίπτωση των συμπληρωματικών έργων και υπηρεσιών αφετέρου, όπως θα αναφερθούν πιο κάτω, οι οποίες με τη σειρά τους

κάνουν μνεΐα και αυτές για μη προβλέψιμες περιστάσεις αλλά και για ανώτατο όριο δαπάνης 50% του αρχικού προϋπολογισμού.

Τρίτη περίπτωση που προβλέπεται από την οδηγία αφορά προμήθειες εισηγημένες στο χρηματιστήριο βασικών προϊόντων.

Τέταρτη και τελευταία περίπτωση είναι αυτή κατά την οποία η σύμβαση έχει ως αντικείμενο την προμήθεια ειδών, υπό ευνοϊκό καθεστώς, είτε από προμηθευτή που έπαυσε οριστικά την εμπορική του δραστηριότητα, είτε από το σύνδικο ή τον εκκαθαριστή μιας πτώχευσης ή αναγκαστικής εκκαθάρισης.

Σε εθνικό επίπεδο, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 13 του ν. 2286/1995, «Προμήθειες του δημοσίου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων», η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης στις εξής περιπτώσεις:

Ι) α) Αν κατά την προηγούμενη κλειστή ή ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία υποβλήθηκαν προσφορές μη κανονικές. Σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει, αφενός να έχουν κληθεί προς διαπραγμάτευση όσοι είχαν καταθέσει προσφορές και είχαν αξιολογηθεί, αφετέρου να μην έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της προκήρυξης.

β) Αν, είτε δεν υποβλήθηκαν καθόλου προσφορές, είτε αυτές που υποβλήθηκαν κρίθηκαν απαράδεκτες, υπό τους πρόσθετους όρους ότι δεν έχουν μεταβληθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της διακήρυξης και ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή.

ΙΙ) Όταν, ελλείψει ανταγωνισμού στην αγορά, προϊόντων με παρόμοια τεχνικά χαρακτηριστικά, τα προς προμήθεια αγαθά –είτε για τεχνικούς είτε για καλλιτεχνικούς είτε για λόγους που αφορούν την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων– παρέχονται αποκλειστικά από έναν προμηθευτή.

ΙΙΙ) Όταν τα αγαθά αυτά κατασκευάζονται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, πειραμάτων, μελετών και προτύπων εφαρμογής.

ΙV) Όταν κατά τη διενέργεια ερευνών ο εκάστοτε αρμόδιος φορέας κρίνει ότι τα παραχθέντα σε πειραματικό στάδιο αγαθά πρέπει να χρησιμοποιηθούν από τις συμμετέχουσες στην πειραματική κατασκευή επιχειρήσεις.

V) Όταν η τήρηση των προθεσμιών που ορίζονται στους κανονισμούς προμηθειών καθίσταται αδύνατη λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, συνεπεία απρόβλεπτων –κατά την κοινή πείρα– καταστάσεων.

VI) Όταν αρχικός προμηθευτής οφείλει να προβεί σε συμπληρωματικές παραδόσεις, οι οποίες θα κατατείνουν είτε στην εν μέρει ανανέωση προμηθειών αγαθών ή εγκαταστάσεων, είτε στην επέκταση των ήδη υπαρχόντων προμηθειών αγαθών ή εγκαταστάσεων, ώστε να αποφευχθεί το ενδεχόμενο, ενόψει πιθανής μεταβολής προμηθευτή, να διαφοροποιηθούν τα τεχνικά χαρακτηριστικά των αγαθών, τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσκολίες στη χρήση και συντήρησή τους.

VII) Όταν για ερευνητικούς, πειραματικούς, μελετητικούς ή αναπτυξιακούς σκοπούς, ο αρμόδιος φορέας αποφανθεί την ανάθεση της προμήθειας αγαθών σε σωφρονιστικά καταστήματα, ιδρύματα νεότητας, εκπαιδευτικά, ερευνητικά ή παρόμοια ιδρύματα.

4.α. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Το άρθρο 31 παρ. 3 της οδηγίας (άρθρο 25 παρ. 3 του ΠΔ 60/2007) προβλέπει ότι δύναται να γίνεται χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σε δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, όταν η εκάστοτε σύμβαση ακολουθεί διαγωνισμό μελετών που έχει κηρυχθεί σύμφωνα με την παρούσα οδηγία και πρέπει, κατά τους κανόνες του διαγωνισμού, να ανατεθεί στο νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει για συμμετοχή σε διαγωνισμό όλους τους νικητές αυτού.

β. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΡΓΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Το άρθρο 31 παρ. 4 της οδηγίας προβλέπει την ειδικότερη περίπτωση των “follow-oncontracts”, τα οποία συνίστανται σε συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις με τον ίδιο ανάδοχο. Πιο συγκεκριμένα, η πρώτη περίπτωση σχετίζεται με συμπληρωματικά έργα ή υπηρεσίες που δεν είχαν περιληφθεί ούτε στην αρχικώς κατακυρωθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση. Τα έργα αυτά ή οι υπηρεσίες

εξαιτίας καταστάσεων που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν, κρίθηκαν στη συνέχεια απαραίτητα για την εκτέλεση των εργασιών ή της υπηρεσίας, υπό τον όρο όμως ότι δε μεταβάλλεται ο οικονομικός φορέας στον οποίο έγινε η αρχική ανάθεση και εφόσον τα συμπληρωματικά έργα ή οι υπηρεσίες είναι αναπόσπαστα, από τεχνικής ή οικονομικής απόψεως, από την αρχική σύμβαση ή, ακόμη και αν δεν είναι αναπόσπαστα, πάντως χωρίς αυτά δεν μπορεί να εκτελεσθεί η σύμβαση. Το συνολικό κόστος των εργασιών που θα προκύψει από αυτές τις συμβάσεις δεν πρέπει να ξεπερνά το 50% του προϋπολογισμού της αρχικής σύμβασης. Κατά τα ως άνω, πιθανή μετεγκατάσταση σε άλλο εργοτάξιο θα κριθεί ασύμφορη, εάν ο ανάδοχος είναι ήδη εγκατεστημένος σε αυτό. Σύμφωνα δε και με την υπ' αριθμ. 327/2002 Γνωμοδότηση της Ολομελείας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους η Κτηματολόγιο Α.Ε. και ο Ο.Κ.Χ.Ε. δεν μπορούν να προβαίνουν σε συμπληρωματικές συμβάσεις που υπερβαίνουν το 50% της κύριας σύμβασης. Στην περίπτωση που η ακυρότητας του διαπιστωθεί στο μέλλον με δικαστικές αποφάσεις η αμοιβή στους αναδόχους για το μέρος της σύμβασης που έχουν εκτελέσει οφείλεται κατ' αρχήν κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Όσον αφορά στην περίπτωση των νέων έργων ή υπηρεσιών, η προσφυγή στη διαδικασία γίνεται δεκτή μόνο εάν αυτά συνιστούν επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών, χωρίς να υφίστανται διαφοροποιήσεις ως προς την αρχική σύμβαση και τα συμβαλλόμενα μέρη αυτής, υπό την προϋπόθεση ότι τα έργα αυτά είναι συμβατά με μια βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία συνήφθη με ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, οι υπηρεσίες αυτές θα πρέπει να έχουν συνάφεια αντικειμένου με την αρχική σύμβαση, ήτοι να μην εκφεύγουν του πλαισίου που είχε τεθεί με αυτή αλλά να κινούνται σε ένα πλέγμα ενεργειών το οποίο θα συνιστά επανάληψη ενεργειών που προηγήθηκαν.^{28 29}

Τέλος, θα πρέπει ήδη στην αρχική διακήρυξη να γίνεται μνεία περί της δυνατότητας προσφυγής στη διαδικασία, όπως επίσης και περί του συνολικού κόστους στο οποίο αναμένεται να ανέλθει η εξέλιξη της διαδικασίας, ώστε να συνεκτιμηθούν από τις αναθέτουσες αρχές τα ποσά αυτά για τον υπολογισμό των κατώτατων ορίων των οδηγιών. Απώτατο χρονικό όριο για την προσφυγή στη διαδικασία ορίζονται τα τρία έτη, προθεσμία που αρχίζει να τρέχει από τη σύναψη

²⁸ Γνωμοδότηση ΝΣΚ 775/1997, 689/2001.

²⁹ Δ. Σολδάτος, Οι προμήθειες του δημοσίου τομέα, σελ. 281.

της αρχικής σύναψης και όχι από την ολοκλήρωση του έργου, όπως επισημάνθηκε με την υπ' αρ. 1/2013 Εγκύκλιο της ΕΑΑΔΗΣΥ.

Σε εθνικό επίπεδο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 28 και 57 του ν. 3669/2008, απαιτείται σύμφωνη γνώμη του οικείου τεχνικού συμβουλίου για τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης με το φορέα-ανάδοχο ήδη εκτελούμενου έργου, όταν τα έργα αυτά ή οι υπηρεσίες, εξαιτίας καταστάσεων που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν, κρίθηκαν στη συνέχεια απαραίτητα για την εκτέλεση των εργασιών ή της υπηρεσίας, υπό τον όρο όμως ότι δε μεταβάλλεται ο οικονομικός φορέας στον οποίο έγινε η αρχική ανάθεση και εφόσον τα συμπληρωματικά έργα ή οι υπηρεσίες είναι αναπόσπαστα, από τεχνικής ή οικονομικής απόψεως, από την αρχική σύμβαση ή, ακόμη και αν δεν είναι αναπόσπαστα, πάντως χωρίς αυτά δεν μπορεί να τελειοποιηθεί η σύμβαση.

Κατά την κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου σε σωρεία αποφάσεών του, ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται τα αιφνίδια εκείνα πραγματικά περιστατικά, τα οποία δεν προϋπήρχαν της ανάθεσης του έργου και τα οποία, παρά το γεγονός ότι κατά τη διαδικασία έρευνας για τη δημοπράτηση του έργου καταβλήθηκε η προσήκουσα επιμέλεια και προσοχή, δεν κατέστη δυνατό να προβλεφθούν με βάση τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής, ώστε οι αναγκαίες για την αντιμετώπισή τους εργασίες να ενσωματωθούν στο αρχικό έργο και τη οικεία σύμβαση.³⁰ Κατ' αυτόν τον τρόπο, ως μια τέτοια απρόβλεπτη περίπτωση θα μπορούσε να εκληφθεί ενδεχόμενη αλλαγή του νομοθετικού πλαισίου, το οποίο εφαρμόζεται κατά την εκτέλεση του έργου και θα έχει ως αποτέλεσμα την ανατροπή μερικώς του αρχικού σχεδιασμού του έργου. Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις, και ιδίως αυτή της ήδη νόμιμης ανάλωσης του κονδυλίου των απρόβλεπτων δικαιολογείται λόγω του απρόβλεπτου γεγονότος η σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης.³¹

Η κρίση του αρμοδίου οργάνου σχετικά με την προσφυγή στη διαδικασία για την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών πρέπει να διαλαμβάνεται πλήρους και σαφούς αιτιολογίας, προκειμένου τα δικαστήρια να μπορούν προβούν σε έλεγχο νομιμότητας. Παράλληλα, η απόδοση του χαρακτηρισμού των συμπληρωματικών

³⁰ Αποφάσεις VI Τμ. ΕΣ 2726/2010, 2506, 17802009, πράξεις VI Τμ. 52/2007, 106/2003.

³¹ Αποφάσεις VI Τμ. ΕΣ 3631/2013, 1978, 1381/2012, 2256, 791, 792/2011, 2961, 2726, 2063/2010.

εργασιών ως επειγόντων, πρέπει να συνοδεύεται από αναλυτικά και πραγματικά στοιχεία, που αναλύονται τόσο στις γνωμοδοτήσεις του οικείου τεχνικού συμβουλίου, όσο και στις αντίστοιχες αποφάσεις της προϊσταμένης αρχής.

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 4483/2013 απόφαση της Μείζονος Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως συμπληρωματικές εργασίες λογίζονται, εκείνες για τις οποίες συντρέχουν σωρευτικά οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) να εμφανίζουν άμεση συνάφεια με το έργο χωρίς όμως να περικλείονται στην σύμβαση που συνήφθη αρχικά, β) να έχει προκύψει ανάγκη για την εκτέλεση τους, ενώ το έργο είχε ήδη ξεκινήσει, όπως περιγράφεται στην προκήρυξη και τα οικεία συμβατικά τεύχη (μελέτες, συγγραφή υποχρεώσεων κ.α.), λόγω επείγουσας περίπτωσης και γ) να μην μπορεί να υπάρξει διαχωρισμός τους οικονομικοτεχνικά από την αρχική σύμβαση, δίχως όμως να προκαλούν για την αναθέτουσα περαιτέρω αναταραχές για την εκτέλεση της σύμβασης ή αν και υφίσταται δυνατότητα απόσπαση τους από το άλλο έργο είναι καθοριστική η συμβολή τους για την τελειοποίηση του. Ως προς την τελευταία περίπτωση, πρόκειται για πρόσθετες ή υπερσυμβατικές εργασίες, οι οποίες είτε αναφέρονται στο συμβατικό τιμολόγιο και στο σχετικό προϋπολογισμό αλλά εκτελούνται σε μεγαλύτερες ποσότητες από αυτές που είχαν εκτιμηθεί, είτε λησμονήθηκε η αναφορά τους είτε αν δεν λησμονήθηκε διαφέρει ουσιωδώς ο τρόπος εκτέλεσής τους προσομοιάζοντας σε νέες εργασίες.³²

Δε συνιστούν λοιπόν επ' ουδενί λόγο συμπληρωματική εργασία εξαιτίας απρόβλεπτης περίπτωσης τόσο η πιθανή επέκταση του τεχνικού αντικειμένου του αρχικού έργου όσο και η αναβάθμιση της εν γένει ποιότητας του έργου κατόπιν χρησιμοποίησης ποιοτικότερων υλικών και μεθόδων, στις οποίες δεν έχει γίνει αναφορά στα οικεία συμβατικά τεύχη. Βάση του σκεπτικού αυτού αποτελεί το ανεπίτρεπτο της εκ των υστέρων μεταβολής του αντικειμένου της σύμβασης καθώς αυτό δε θα ήταν αντιληπτό σε όλους διαγωνιζομένους τη στιγμή της υποβολής της προσφοράς με αποτέλεσμα να μην αποτελέσει κριτήριο για την ανάδειξη του αναδόχου. Μια τέτοια πρακτική θα οδηγούσε στην κατάφορη παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων.³³

³² Βλ. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013.

³³ ΕΔΔΔ 2012, σελ. 464.

Ειδικότερα, κατά την Πράξη 2/2002 του τμήματος VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου δε συνιστά λόγο ικανό για να προσφύγει ο δήμος στην εξαιρετική διαδικασία αυτή, η επίκληση της άσχημης λόγω παλαιότητας κατάστασης των εγκαταστάσεων του σχολείου - που υπάρχουν εδώ και χρόνια- καθώς σε καμία περίπτωση ένα τέτοιο γεγονός δεν μπορεί να αποτελέσει κατά την έννοια που αναφέρθηκε πιο πάνω «απρόβλεπτη περίπτωση». Αυτό συμβαίνει διότι, πρόκειται για πρόβλημα γνωστό που ταλανίζει ήδη το σχολείο για μεγάλο χρονικό διάστημα, οπότε και θα έπρεπε λαμβανομένου υπόψη και του αντικειμένου της αρχικής κύριας σύμβασης –αντικατάσταση αμιάντου- να είχαν γίνει ήδη οι απαραίτητες διεργασίες από την αρχή και να έχουν προβλεφθεί πιθανές τέτοιες ενέργειες και δαπάνες κατά την μελέτη που έγινε κατά τη σύναψη της σύμβασης.

Σε άλλη περίπτωση, το Ελεγκτικό Συνέδριο στην πράξη 85/2006 έκρινε ότι εφόσον η αρχική σύμβαση αποσκοπούσε στη στέγαση παιδικού σταθμού και ΚΑΠΗ, η νέα σύμβαση, η οποία αφορά τη στέγαση πολιτιστικών συλλόγων ουδόλως σχετίζεται με τον αρχικό σχεδιασμό και την εκτέλεση του έργου, με τέτοιο τρόπο ώστε αυτή να μπορεί να προβλέψει τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης.

Συν τοις άλλοις, εφόσον δε συνάγεται από κανένα από τα στοιχεία του φακέλου ότι εξαιτίας απρόβλεπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση του έργου θα καταστεί επείγουσα η διενέργεια συμπληρωματικών εργασιών δεν είναι δυνατή η προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για τέτοιες συμπληρωματικές εργασίες, οι οποίες δεν ανάγονται στο χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης, θίγουν τη τεχνική αρτιότητα του έργου και τέλος βάσει αντικειμενικών συνθηκών δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν κατά τη διάρκεια της μελέτης. Συνεπώς, δεν ευσταθεί ενδεχόμενη προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, όταν οι εργασίες αυτές αποσκοπούν στη βελτίωση της ποιότητας του έργου, εξαιτίας σφαλμάτων παραλείψεων της μελέτης, τα οποία ενόψει και του είδους του εκτελούμενου έργου, αλλά και της εμπειρίας του φορέα σε αντίστοιχα έργα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αντικειμενικά δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, σύμφωνα με τους κανόνες επιμέλειας του μέσου συνετού ανθρώπου του οικείου κλάδου (μελετητών- μηχανικών των τεχνικών υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής).³⁴ Βέβαια, τυχόν αλλαγές που απαιτούνται επί του έργου και θα προκύψουν ως κατεπείγον και απρόβλεπτο γεγονός,

³⁴ Πράξη ΕΣ 45/2008 Τμήμα VI.

αν και εφόσον, με βάση και τα όσα ελέγχθησαν ως άνω, κριθούν απαραίτητες για την αντιμετώπιση του και δεν αλλοιώνουν τον λειτουργικό σκοπό του έργου δεν αποτελούν μεταβολή του φυσικού αντικειμένου του έργου και καθίστανται επιτρεπτές.³⁵

Σε σχέση με τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, το πλαίσιο κατά το οποίο προβλέπεται κατά το εθνικό δίκαιο η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προηγούμενης προκήρυξης ορίζεται ρητά στις διατάξεις του άρθρου 29 του ν. 3316/2005. Η ρύθμιση αυτή είναι πανομοιότυπη με εκείνη του άρθρου 25 παρ. 4 α του ΠΔ/60/2007 (διάταγμα με το οποίο εισήχθη στο ελληνικό δίκαιο η οδηγία 2004/18/EK).

Κατά τις διατάξεις αυτές, εφόσον ενώ εκτελείται το έργο παρουσιαστεί ανάγκη εκπόνησης συμπληρωματικών μελετών ή παροχής συμπληρωματικών υπηρεσιών, οι οποίες κατά το είδος ή τον όγκο δεν αναφέρονται στην αρχική σύμβαση, σχηματίζεται συγκριτικός πίνακας και συμπληρωματική σύμβαση με τον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, ύστερα από σύμφωνη γνώμη-έγκριση του αρμοδίου τεχνικού συμβουλίου. Για να κριθεί έγκυρη η κατάρτιση της συμπληρωματικής σύμβασης πρέπει να συντρέχουν οι ακόλουθες περιπτώσεις:

α) δίχως τις συμπληρωματικές αυτές μελέτες ή υπηρεσίες να μην ήταν δυνατή η ολοκλήρωση της αρχικής σύμβασης.

β) κατά το στάδιο της σύναψης της σύμβασης να μην μπορούσε προβλεφθεί με κανένα τρόπο μια τέτοια περίπτωση.

Και τέλος,

γ) οι συμπληρωματικές εργασίες από τεχνικής και οικονομικής απόψεως να τελούν σε άμεση και αναπόσπαστη σχέση με την αρχικώς συναφθείσα σύμβαση, χωρίς να προκαλούνται σημαντικά προβλήματα για τον εργοδότη ή αυτές να είναι τόσο ουσιώδεις για την ολοκλήρωση του έργου ακόμα και αν υφίστανται λειτουργικά και χωρίς αυτό. Το συνολικό κόστος των εργασιών αυτών σε καμία δε θα πρέπει να υπερβαίνει το ήμισυ της αρχικής συμβατικής αμοιβής.³⁶

³⁵ Βλ. ό.π. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013.

³⁶ ΔΕΕ, υπόθεση 601/2010, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας.

Συνοπτικά παρατίθενται τα βασικά σημεία της σκέψης του ΔΕΕ στην υπόθεση 601/2010 κατά της Ελληνικής Δημοκρατία αναφέρονται τα ακόλουθα:

«Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, το άρθρο 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50 και το άρθρο 31, σημείο 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/18, καθόσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΑΕΕ 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. I 3609, σκέψη 58? της 18ης Νοεμβρίου 2004, C 126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I 11197, σκέψη 23? της 11ης Ιανουαρίου 2005, C 26/03, StadtHalle 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). 33 Στο δικόγραφο της προσφυγής της, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, εν προκειμένω, από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει η επέλευση ή η πιθανότητα επελεύσεως ενός απρόβλεπτου περιστατικού μετά την ανάθεση των επίδικων δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου ότι οι εμπλεκόμενες αναθέτουσες αρχές μπορούσαν, προ της συνάψεως των αρχικών συμβάσεων, να προβλέψουν την ανάγκη να συμπεριληφθούν στις συμβάσεις αυτές οι σχετικές συμπληρωματικές υπηρεσίες και συγκεκριμένα, στην προκειμένη περίπτωση, η επέκταση των ζωνών πολεοδομικού σχεδιασμού. Εάν η ανάγκη μιας τέτοιας επεκτάσεως για τεχνικούς ή οικονομικούς λόγους ή για λόγους αναγόμενους στην εκτέλεση των προβλεπόμενων στην αρχική σύμβαση υπηρεσιών μπορούσε να χαρακτηριστεί ως απρόβλεπτη περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές θα είχαν την ευχέρεια να υποστηρίζουν ότι απέτυχαν κατά την εκτίμηση και τον ακριβή καθορισμό του φυσικού αντικειμένου και του περιεχομένου της αρχικής συμβάσεως και, στη συνέχεια, να προβούν στην ανάθεση συμπληρωματικών υπηρεσιών με τη σύναψη χωριστών συμβάσεων παραβιάζοντας με αυτόν τον τρόπο τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας. (...)Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (έκτο τμήμα) αποφασίζει: Η Ελληνική Δημοκρατία, συνάπτοντας, κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως, δημόσιες συμβάσεις με αντικείμενο συμπληρωματικές υπηρεσίες κτηματογραφήσεως και πολεοδομικού σχεδιασμού οι οποίες δεν προβλέπονταν στην αρχική σύμβαση που είχαν συνάψει οι

Δήμοι Βασιλικών, Κασσάνδρας, Εγγνατίας και Αρέθουσας, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 8 και 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997, καθώς και από τα άρθρα 20 και 31, σημείο 4, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών».

Τέλος ως προς την έννοια των νέων έργων ή υπηρεσιών, ως τέτοιες νοούνται αυτές για τις οποίες απαιτείται επανάληψη άλλων πανομοιότυπων, τα οποία έχουν ανατεθεί στον ίδιο οικονομικό φορέα. Απαραίτητη προϋπόθεση βέβαια για την υπαγωγή στην έννοια αυτή αποτελεί η συσχέτιση του έργου με ένα βασικό σχέδιο, το οποίο με τη σειρά του υπήρξε αντικείμενο μιας πρώτης σύμβασης, η οποία ακολούθησε είτε το κλειστό είτε το ανοικτό διαγωνιστικό σύστημα.³⁷

5. ΤΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΗΣ ΝΕΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2014/24/ΕΕ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ

Αποτιμώντας, συνοπτικά, το καθεστώς της νέας οδηγίας σε σχέση με την εν λόγω διαδικασία παρατηρείται κατά γενική ομολογία ότι αν και δεν υφίστανται έντονες διαφοροποιήσεις ως προς το νομοθετικό πλαίσιο φαίνεται, ωστόσο, μια διάθεση αusterοποίησης ακόμα περισσότερο της προσφυγής στη διαδικασία.

Πιο συγκεκριμένα, η ανωτέρω αποτίμηση προκύπτει και από την αιτιολογική σκέψη 50 της νέας οδηγίας, η οποία παρατίθεται με σαφήνεια λόγω των επιζημιών επιπτώσεως αυτής στον ανταγωνισμό. Για το λόγο αυτό κυρίως οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση-γνωστοποίησης αντίστοιχης προκήρυξης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται με φειδώ, το οποίο ερμηνεύεται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις ως αυτές απαριθμούνται αποκλειστικά στο νόμο.

³⁷ Α. Γέροντας, ό.α., σελ. 290.

Σε σχέση τώρα με την ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου πρέπει να καταστεί εξ' αρχής σαφές ότι ενδεχόμενη δημοσίευση στον τομέα των προμηθειών δε θα επηρεάσει σε μεγάλο βαθμό την αύξηση του ανταγωνισμού ή δε θα φέρει καλύτερα αποτελέσματα σε σχέση με την προμήθεια και όπως επίσης ότι βάσει αντικειμενικά σχηματιζόμενων κριτηρίων υφίσταται ένας μόνος οικονομικός φορέας που δύναται να φέρει εις πέρας την εκτέλεση της σύμβασης από την αρχή έως το τέλος της.

Ενδεικτικό παράδειγμα συνιστούν τα έργα τέχνης, στα οποία η ταυτότητα του καλλιτέχνη είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με το μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα, βέβαια, μπορεί να δικαιολογείται και από άλλους λόγους, οι οποίοι όμως πρέπει και αυτοί με τη σειρά τους να αποτελούν στοιχειοθετούν καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας ούτως ώστε να θεωρηθεί αναγκαία η προσφυγή στη διαδικασία. Επιπλέον, βασική παράμετρος που θα πρέπει να μη λησμονάται είναι ο καταδολιευτικός χαρακτήρας της αποκλειστικότητας με την έννοια μια ενδεχόμενα τέτοια κατάσταση αποκλειστικότητας δε θα δημιουργηθεί από την αναθέτουσα αποσκοπώντας σε μελλοντική προμήθεια.

Όταν η κατάσταση αποκλειστικότητας αφορά τεχνικούς λόγους είναι απαραίτητη η αναφορά και ο προσδιορισμός αυτών επακριβώς, αφού έχει προηγηθεί πλήρης και σαφής αιτιολόγηση αυτών. Ειδικότερα, θα μπορούσαν να περικλείουν για παράδειγμα την αδυναμία, για τεχνικούς λόγους, άλλων υποψηφίων να καλύψουν τις εκάστοτε απαιτήσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, την οποία κατέχει ένας μοναδικός φορέας.

Οι περιπτώσεις κατά τις οποίες περιοριστικώς προβλέπει η νέα οδηγία τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης είναι παρόμοιες με εκείνες που προβλέπονται από την υφιστάμενη οδηγία 2004/18, η οποία καταργείται από 18-04-2016 και μπορούν να συνοψιστούν ως εξής:

α) Όταν, κατόπιν ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά είτε οι υποβληθείσες προσφορές δεν είναι κατάλληλες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι δεν έχουν μεταβληθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και ότι εφόσον ζητηθεί από την Επιτροπή της αποστέλλεται σχετική έκθεση.

Η έννοια της ακατάλληλης προσφοράς στην νέα οδηγία προσδιορίζεται από την έλλειψη συνάφειάς της με τη σύμβαση, καθώς και από την αδυναμία της να καλύψει τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές προσδιορίζονται στα έγγραφα της προμήθειας. Μια αίτηση δεν λογίζεται ως κατάλληλη αν ο σχετικός οικονομικός φορέας συγκεντρώνει μεγάλες πιθανότητες ή εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 57 της νέας οδηγίας ή δεν ικανοποιεί τα κριτήρια επιλογής που ορίζει η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 58.

β) Αν το περιεχόμενο της σύμβασης μπορεί να υλοποιηθεί μόνο από έναν συγκεκριμένο ανάδοχο είτε επειδή αυτό συνίσταται στη δημιουργία ενός μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, είτε επειδή τεχνικοί λόγοι αποκλείουν τον ανταγωνισμό –αρκεί κάτι τέτοιο να μην είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της προμήθειας, είτε επειδή παρεμβάλλεται η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, εφόσον δεν υπάρχει εναλλακτική λύση.

γ) Αν και εφόσον κριθεί απαραίτητο εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε καταστάσεις που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν δυνατόν να προβλέψει με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η τήρηση των προθεσμιών, που ορίζουν οι διατάξεις για τις ανοικτές και τις κλειστές διαδικασίες. Σε κάθε περίπτωση βέβαια, η επίκληση τέτοιων περιστάσεων δεν μπορεί να προέρχονται από πταίσμα της αναθέτουσας.

Ειδικότερα, όσον αφορά στις δημόσιες συμβάσεις αγαθών, χρήση της διαδικασίας μπορεί να γίνεται μόνο κάτω από τις ακόλουθες παραμέτρους:

I) Τα υπό κατασκευή προϊόντα να χρησιμοποιηθούν αποκλειστικά και μόνο για λόγους έρευνας, πειραματισμού μελέτη ή ανάπτυξης. Ως εκ τούτου, η παραγωγή τους δε θα πρέπει να γίνεται σε τέτοιες ποσότητες που αποσκοπούν στην εμπορική εκμετάλλευση του προϊόντος ή στην απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης.

II) Ο αρχικός προμηθευτής να οφείλει να προβεί σε συμπληρωματικές παραδόσεις, οι οποίες θα κατατείνουν είτε στην εν μέρει ανανέωση προμηθειών αγαθών ή εγκαταστάσεων, είτε στην επέκταση των ήδη υπαρχόντων προμηθειών αγαθών ή εγκαταστάσεων, ώστε να αποφευχθεί το ενδεχόμενο, ενόψει πιθανής μεταβολής προμηθευτή, να διαφοροποιηθούν τα τεχνικά χαρακτηριστικά των αγαθών, τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσκολίες στη χρήση και

συντήρησή τους. Η διάρκεια των συμβάσεων αυτών είθισται να μην ξεπερνά τα τρία έτη.

III) Τα αγαθά αυτά να είναι εισηγμένα στο χρηματιστήριο.

IV) Εφόσον πρόκειται να ακολουθήσει αγορά αγαθών ή υπηρεσιών με ευνοϊκότερο καθεστώς, είτε από προμηθευτή που παύει οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες, είτε από τον εκκαθαριστή της διαδικασίας αφερεγγυότητας, δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας που προβλέπεται στις κανονιστικές και εθνικές νομοθετικές διατάξεις.

Παράλληλα, δύναται να γίνεται χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σε δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, όταν η εκάστοτε σύμβαση ακολουθεί διαγωνισμό μελετών που έχει κηρυχθεί σύμφωνα με την παρούσα οδηγία και πρέπει, κατά τους κανόνες του διαγωνισμού, να ανατεθεί στο νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει για συμμετοχή σε διαγωνισμό όλους τους νικητές αυτού (άρθρο 32 παρ. 4).

Αναφορικά με συμβάσεις νέων έργων ή υπηρεσιών που κατατείνουν στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών, η ανάθεση των οποίων έγινε από το φορέα με τον οποίο συνήφθη η αρχική σύμβαση, υπό τον όρο ότι τα έργα αυτά και οι υπηρεσίες δεν είναι αντίθετα με το βασικό πλάνο, σύμφωνα με το οποίο έγινε η ανάθεση της αρχικής σύμβασης κατά τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 26 παρ. 1. Το πλάνο αυτό θα πρέπει να περιλαμβάνει τον όγκο πιθανών συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών, όπως επίσης τους όρους υπό τους οποίους θα ανατεθούν αυτές. Τέλος, για την εφαρμογή της εν λόγω διαδικασίας -η οποία μπορεί να γίνει μόνο εντός τριετίας, βλ. άρθρο 32 παρ. 5)-, θα πρέπει να γίνει σχετική μνεία ήδη από την προκήρυξη του αρχικού διαγωνισμού με παράλληλη πρόβλεψη και του συνολικού κόστους εργασιών κατά το άρθρο 4.

Σύμφωνα δε με τις διατάξεις αυτές, ο όρος «μη κατάλληλη προσφορά» έχει τη έννοια ότι πρόκειται για προσφορά η οποία δε θα μπορούσε να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και αν τροποποιούνταν ουσιωδώς.

Συνεπώς, τυχόν παρατυπίες αυτής δεν αρκούν για να στοιχειοθετήσουν την ακαταλληλότητά της.³⁸

III. ΕΠΙΛΟΓΟΣ - ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Συνοψίζοντας, έχει ιδιαίτερη σημασία να τονιστεί ότι βασικός κανόνας σύναψης και ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων παραμένει εκείνος της ανοικτής ή κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, παρότι ολοένα και περισσότερες ειδικές διαδικασίες βρίσκουν πρόσφορο έδαφος ενόψει της ραγδαίας τεχνολογικής ανάπτυξης (ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί, σύμπραξη καινοτομίας κ.λπ.). Αυτονόητο είναι, ότι κάθε κράτος – μέλος της ΕΕ οφείλει να προσαρμόζει την εσωτερική του νομοθεσία σύμφωνα με τις ευρωπαϊκές οδηγίες που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, χωρίς να είναι επιτρεπτή οποιαδήποτε παρέκκλιση από αυτές. Σε κάθε περίπτωση, δεν υφίσταται διακριτική ευχέρεια της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής κάθε κράτους - μέλους για την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, αλλά υπόκειται στο ολοένα και πιο αυστηρό πλαίσιο που περιοριστικώς θεσπίζεται με τις προαναφερθείσες οδηγίες. Η δυσκαμψία αυτή των κείμενων νομοθετικών διατάξεων προσβλέπει στην υπενθύμιση της υποχρέωσης σεβασμού από τα κράτη – μέλη των αρχών διαφάνειας, δημοσιότητας και ανταγωνισμού με απώτερο στόχο τη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της ανοικτής αγοράς. Κλείνοντας, το γεγονός ότι, παρά τις όποιες επί μέρους μεταβολές έχουν επέλθει στις οδηγίες που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, η διαδικασία αυτή διατηρείται εν ισχύ, την καθιστά διαχρονική και αναγκαία.

³⁸ Βλ. Δ. Ράικο, ό.π., σελ. 333 επ.

IV. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

1. Γέροντας Απόστολος, «Δίκαιο Δημοσίων Έργων», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009.
2. Παπαευαγγέλου Θωμάς, «Δημόσια Έργα και Μελέτες», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2012.
3. Ράικος Δημήτριος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2014.
4. Σολδάτος Δημήτρης, «Οι προμήθειες του Δημοσίου Τομέα», Εκδόσεις Μ. Δημόπουλου Θεσσαλονίκη 2008.
5. Σπηλιωτόπουλος Ε., «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007.
6. S. Arrowsmith, «EU public procurement law: An introduction», 2011.
7. <https://diavgeia.gov.gr>
8. http://www.elsyn.gr/elsyn/nomologia2_sum.jsp
9. <http://www.areiospagos.gr/>
10. <http://curia.europa.eu/>