



ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES

ΣΧΟΛΗ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

**ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ «ΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ
ΕΠΙΣΤΗΜΗ»**

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΔΙΚΑΙΟ, ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ

**Διαδικασίες εξαιρετικών αναθέσεων στο Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων.
Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη
δημοσίευση προκήρυξης και απευθείας ανάθεση.**

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Γεωργία Μπιρμπίλη (Α.Μ 7118Μ053)

Αθήνα, 2020

Τριμελής Επιτροπή:

ΧΡΥΣΟΥΛΑ ΜΟΥΚΙΟΥ (ΕΠΙΒΛΕΠΟΥΣΑ ΚΑΘΗΓΗΤΡΙΑ)

ΦΕΡΕΝΙΚΗ ΠΑΝΑΓΟΠΟΥΛΟΥ

ΜΕΛΕΤΙΟΣ ΜΟΥΣΤΑΚΑΣ



Copyright © Γεωργία Μπιρμπίλη, 2020

All rights reserved. Με την επιφύλαξη παντός δικαιώματος.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Ερωτήματα που αφορούν τη χρήση της εργασίας για κερδοσκοπικό σκοπό πρέπει να απευθύνονται προς τον συγγραφέα.

Η έγκριση της διπλωματικής εργασίας από το Πάντειον Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών δε δηλώνει αποδοχή των γνώμων του συγγραφέα.

Περιεχόμενα

Περίληψη	4
Abstract	6
Εισαγωγή	8
Κεφάλαιο 1. Δημόσιες συμβάσεις και ενωσιακό δίκαιο	12
1.1. Η έννοια και η νομική φύση της δημόσιας σύμβασης	12
1.2. Οι δημόσιες συμβάσεις και η σημασία τους στην οικονομική και κοινωνική ζωή της ΕΕ και της Ελλάδας	14
1.3. Η εξέλιξη του ενωσιακού δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων.....	16
1.3.1. Η πρόσφατη αναμόρφωση του ενωσιακού δικαίου με τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ	17
1.3.2 Εθνική νομοθεσία περί Δημοσίων Συμβάσεων - ν. 4412/16.	19
Κεφάλαιο 2. Οι γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων	22
2.1. Η αρχή της διαφάνειας και της υποχρεωτικής δημοσιότητας.....	22
2.2. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης ή της απαγόρευσης διακρίσεων.....	25
2.3. Η αρχή της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας.....	26
2.4. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων	27
2.5. Η αρχή της ασφάλειας του δικαίου	27
2.6. Η αρχή της αναλογικότητας	28
2.7. Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης ή της ισοδυναμίας.....	28
2.8. Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς.....	29
Κεφάλαιο 3. Διαδικασίες ανάθεσης που παρεκκλίνουν από τις γενικές αρχές	30
Κεφάλαιο 4. Διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (negotiated procedure without prior publication)	34
4.1. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για όλα τα είδη των συμβάσεων.....	38
4.1.1. Μη υποβολή προσφορών ή υποβολή ακατάλληλων προσφορών σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία.	38
4.1.2 Η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για καλλιτεχνικούς, τεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων.....	45
4.1.3. Το Κατεπείγον.	51

4.2. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών.....	56
4.3. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις προμηθειών	57
4.4. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις υπηρεσιών	62
4.5. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις έργων και υπηρεσιών	65
4.6. Διαδικαστικοί κανόνες διενέργειας της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση	68
4.7. Σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ για την προσφυγή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης	72
4.8. Ευρήματα σχετικά με την εφαρμογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση	77
Κεφάλαιο 5. Η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης	81
5.1. Η προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης του άρθρου 118.....	81
5.2. Αναθέσεις συμβάσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 118 περί απευθείας αναθέσεων.....	85
Κεφάλαιο 6. Covid-19. Ένα πεδίο δοκιμασίας της εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32.2.γ. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.....	87
6.1. Η Κατευθυντήρια Οδηγία 24 της ΕΑΑΔΗΣΥ σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 32.2.γ, την απ'ευθείας ανάθεση και τα ζητήματα που εγείρονται με τις Π.Ν.Π.	89
6.1.1. Σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 32.2.γ «Το Κατεπείγον».....	89
6.1.2 Σχετικά με την απευθείας ανάθεση.	92
6.1.3. Σχετικά με τα ζητήματα κατάτμησης..	93
6.1.4 Σχετικά με τις Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου και την εφαρμογή των διατάξεών τους	93
6.2. Παρατηρήσεις και ζητήματα που ανακύπτουν	96
Συμπεράσματα	99
Πηγές - Βιβλιογραφία	101
Ελληνόγλωσση.....	101
Ξενόγλωσση	103
Διαδικτυακοί τόποι.....	103

Περίληψη

Η επιδίωξη του ενωσιακού νομοθέτη να υπάρξει συντονισμός των εθνικών διαδικασιών για τις δημόσιες συμβάσεις, οδήγησε στην καθιέρωση κοινών δεσμευτικών κανόνων για όλα τα κράτη μέλη, έτσι ώστε οι δημόσιες συμβάσεις να ανατίθενται χωρίς διακρίσεις και να επιτυγχάνεται αφενός η επιλογή της καλύτερης προσφοράς, και αφετέρου η ισότιμη πρόσβαση των επιχειρήσεων σε μία ενιαία αγορά.

Το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτό διαμορφώθηκε μετά και την θέσπιση της γενικής οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία κατήργησε την οδηγία 2004/18/ΕΚ, και η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το Ν.4412/2016, προβλέπει έναν περιοριστικό και λεπτομερώς περιγραφόμενο κατάλογο επιτρεπτών διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων.

Από τις προβλεπόμενες διαδικασίες ανάθεσης, αυτές που παρεκκλίνουν από τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής και του ελεύθερου ανταγωνισμού, δηλαδή η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 και η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα του άρθρου 118, παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον. Το έλλειμμα διαφάνειας, αρχή η οποία αποτελεί και το πρόταγμα του ενωσιακού δικαίου, φαίνεται να αντισταθμίζεται, από την δυνατότητα που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές να προσαρμόσουν επαρκέστερα και αποτελεσματικότερα την προσφορά στη ζήτηση, σταθμίζοντας διάφορους παράγοντες, όπως τις ιδιαίζουσες συνθήκες κάτω από τις οποίες ενδέχεται μια δημόσια αρχή να κληθεί να συνάψει μια σύμβαση, τις ιδιαιτερότητες μερικών τύπων συμβάσεων και τη δομή ορισμένων οικείων αγορών.

Η προσφυγή στις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων επιτρέπεται μόνο σε ορισμένες, περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις, και εφ'όσον συντρέχουν οι αυστηρές προϋποθέσεις που θέτουν οι

αντίστοιχες κανονιστικές ρυθμίσεις, οι διατάξεις των οποίων πρέπει να ερμηνεύονται στενά.

Οι νομικές ρυθμίσεις όμως που διέπουν τις διαδικασίες αυτές, εμφανίζουν σημαντικά προβλήματα εφαρμογής, με αποτέλεσμα να παρατηρούνται περιπτώσεις πλημμελούς εφαρμογής των κανόνων, έλλειψη ασφάλειας δικαίου και φαινόμενα διαφθοράς. Η συνδρομή των αρμοδίων για την τήρηση της σχετικής νομοθεσίας οργάνων και η συνεχής ενημέρωση των αναθετουσών αρχών μπορούν να διασφαλίσουν τη σωστή τήρηση των κανόνων και ως εκ τούτου την διαμόρφωση μιας χρηστής δημοσιονομικής συμπεριφοράς.

Στην παρούσα εργασία, αφού εξετασθεί το ζήτημα της έννοιας και της νομικής φύσης της δημόσιας σύμβασης, θα καταγραφεί η εξέλιξη του ενωσιακού και εθνικού δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, θα εκτεθούν οι γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο αυτών και τέλος θα αναλυθούν οι εξαιρετικές διαδικασίες ανάθεσης που παρεκκλίνουν από τις γενικές αυτές αρχές, τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά τους, οι προϋποθέσεις προσφυγής σε αυτές, οι διαδικαστικοί σε κάθε περίπτωση κανόνες και θα γίνει αναφορά στα ευρήματα τα σχετικά με την εφαρμογή των διαδικασιών αυτών.

Η μεθοδολογία που ακολουθήθηκε, προέταξε την εξέταση του νομοθετικού και εν γένει κανονιστικού πλαισίου, συνέχισε με την αναζήτηση της αντιμετώπισης του από την εθνική και ενωσιακή νομολογία, καταλήγοντας στην εννοιολογική του αποσαφήνιση μέσω των πορισμάτων της θεωρίας.

Λέξεις – Κλειδιά: Δημόσιες συμβάσεις, Διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, Απευθείας ανάθεση, Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ν.4412/16.

**Procedures for exceptional assignments in the Law of Public Procurement.
Appeal to the negotiated procedure without prior publication of a notice and
direct award.**

Birmpili Georgia

Abstract

The EU lawmaker's pursuit of national public procurement procedures has led to the introduction of common binding rules for all Member States, so that public procurement can be assigned without discrimination and both the best choice and the equal access of companies to a single market can be established.

EU Union law on public procurement, as set out after the enactment of Directive 2014/24 / EU, which repealed Directive 2004/18 / EC and was incorporated into national law by Law 4412/2016, provides for a restrictive and detailed list of permissible contracting procedures.

Of the award procedures provided, those that deviate from the general principles of transparency, equal participation and free competition, i.e. the negotiation procedure without prior publication of Article 32 and the procedure for direct award without prior publication of Article 118, are of particular interest. The transparency deficit, a principle that is also part of EU law, seems to make up for the ability of the contracting authorities to better and more efficiently adapt supply to demand, weighing a number of factors, such as the special circumstances in which a public authority may be required to enter into a contract, the peculiarities of certain types of contracts and the structure of certain relevant markets.

Recourse to these exceptional public procurement procedures is permitted only in certain cases, which are limited to the law, and as long as the strict conditions laid down by respective regulations are met, the provisions of which must be strictly interpreted.

However, legal regulations governing these procedures present significant problems in implementation, resulting in cases of poor application of the rules, lack of legal certainty and corruption. The assistance of those responsible for complying with the relevant legislation and the continuous updating of the contracting authorities may ensure that the rules are followed correctly and that a well-run fiscal conduct is established.

In the present dissertation, after examining the issue of concept and legal

nature of public procurement, the evolution of EU and national law in the field of public procurement will be recorded, the general principles governing the law of these contracts will be exposed and finally, the exceptional assignment procedures that deviate from these general principles, their special characteristics, the conditions for appealing to them, the procedural rules in each case and finally the findings regarding the implementation of these procedures, will be reported.

The methodology followed focused on the examination of the legislative and general regulatory framework, continued, seeking to address its treatment by national and EU jurisprudence, concluding its conceptual clarification through theoretical findings.

Keywords: Public Procurement, Negotiation procedure without prior publication, Direct Award, European Directive 2014/24 / EU, Law 4412/16.

Εισαγωγή

Ο όρος «Δημόσια σύμβαση» προέρχεται από το ευρωπαϊκό ενωσιακό δίκαιο. Η έννοια του όρου αυτού προκύπτει κατά τρόπο άμεσο από το θετικό δίκαιο, ιδίως από τις Οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ οι οποίες έχουν περιεχόμενο ουσιαστικού δικαίου και την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ η οποία έχει δικονομικό περιεχόμενο. Το νομικό θεμέλιο των δημοσίων συμβάσεων προκύπτει από τις θεμελιώδεις ευρωπαϊκές ελευθερίες, δηλαδή την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών γενικότερα όπως κατοχυρώνονται με τα άρθρα 26,34,56 έως 57 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της ΕΕ (ΣΛΕΕ). Όπως αναφέρει η Χρ. Μουκίου:

Το πλαίσιο της ΕΕ για τις Δημόσιες Συμβάσεις είναι ίσως το πιο προηγμένο περιφερειακό ρυθμιστικό σύστημα δημοσίων συμβάσεων. Συνιστά ένα σύστημα κανόνων που θεσπίζουν αυστηρές υποχρεώσεις για τα κράτη μέλη της Ε.Ε., τα οποία δεν μπορούν να παρεκκλίνουν από αυτές, εφόσον πρόκειται για κανόνες εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών, κατ'άρθρ. 114 Συνθ.ΕΕ. Παρά ταύτα, δεν έχουν απολέσει τον χαρακτήρα τους ως των κανόνων οδηγίας, οι οποίες χρήζουν, πάντως, «μεταφοράς, στα εθνικά δίκαια των κρατών μελών, όπως κάθε οδηγία».¹

Στην ελληνική έννομη τάξη το πεδίο των δημοσίων συμβάσεων ρυθμίζεται ενιαία (σε επίπεδο ουσιαστικών και δικονομικών κανόνων) από το ν. 4412/2016, ο οποίος ενσωμάτωσε τις νέες Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και το ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 2014/23/ΕΕ.

Καθώς το χρηματικό μέγεθος των οικονομικών συναλλαγών που πραγματοποιούνται μέσω των δημοσίων συμβάσεων είναι πολύ σημαντικό, οι δημόσιες συμβάσεις αναδεικνύονται σε σημαντική κινητήρια δύναμη για την οικονομική μεγέθυνση και επηρεάζουν σημαντικά τις δημόσιες δαπάνες και την οικονομική ανάπτυξη της ΕΕ και των κρατών μελών. Το γεγονός αυτό ώθησε τα όργανα της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε νομοθετικές πρωτοβουλίες, προκειμένου, αφενός μεν να υπάρξει ενιαία αντιμετώπιση του θέματος, αφετέρου δε, να προστατευτεί επαρκώς η ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Η προσπάθεια του νομοθέτη να προκαθορίσει τις τυπικές διαδικασίες με βάση τις οποίες θα πρέπει τα δημόσια νομικά πρόσωπα να καταρτίζουν τις

¹ Μουκίου, Χρ. (2017). *Διαφάνεια, Ακεραιότητα & Εντιμότητα στις Δημόσιες Συμβάσεις, Η σταδιακή αφομοίωση του διεθνούς Soft Law σε επίπεδο Δημοσίων Συμβάσεων*, σελ. 148 και υποσημείωση 11.

Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.

συμβάσεις τους σε έργα, υπηρεσίες και αγαθά, δηλώνει την σημασία των διαδικασιών αυτών για την υλοποίηση των στόχων της Ένωσης.

Στο άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατοχυρώνονται ρητά οι «γενικές αρχές» του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων όπου αναφέρεται ότι *«οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο»*. Αναμφίβολα, ο ανταγωνισμός παραμένει ένας σημαντικός στόχος των διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα όμως με το νέο ενωσιακό και το εθνικό δίκαιο, οι αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης και του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελούν το τρίπτυχο το οποίο πρέπει να καλύπτει κάθε δημόσια σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας από το προσυμβατικό στάδιο μέχρι την ολοκλήρωση της σύμβασης και την παράδοση του αγαθού ή την παροχή της υπηρεσίας.

Στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτό διαμορφώθηκε, θεσπίστηκε ένας περιοριστικός κατάλογος επιτρεπτών διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Οι προσφερόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες μπορούν να χωριστούν σε κύριες ή βασικές, σε ειδικές και σε εξαιρετικές, με κριτήριο τις προϋποθέσεις εφαρμογής τους. Στις κύριες ή βασικές εντάσσονται οι ανοικτές και οι κλειστές διαδικασίες, στις ειδικές περιλαμβάνεται ο ανταγωνιστικός διάλογος, η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, καθώς και η σύμπραξη καινοτομίας. Τέλος, στις εξαιρετικές εντάσσεται η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού η οποία προσεγγίζει αρκετά, αν και δεν ταυτίζεται νομικώς, με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης.

Ο ευρωπαϊός νομοθέτης του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ υποχρέωσε τα κράτη μέλη να προβλέψουν στο εθνικό τους δίκαιο τη χρησιμοποίηση από τις αναθέτουσες αρχές των διαδικασιών της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της σύμπραξης καινοτομίας, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση και έθεσε στην διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών την πρόβλεψη ή μη, στο εθνικό δίκαιο, της δυνατότητας να προσφεύγουν υπό όρους οι αναθέτουσες αρχές στην διαδικασία, με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Ο εθνικός νομοθέτης του ν. 4412/2016, τάχθηκε υπέρ της πρόβλεψης στο εθνικό δίκαιο και της δυνατότητας προσφυγής, υπό τους

όρους του ενωσιακού δικαίου, στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.²

Παρά το γεγονός ότι οι εξαιρετικές αυτές διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων παρεκκλίνουν από την αρχή της διαφάνειας και του ελεύθερου και ανοθέτου ανταγωνισμού, έχουν χρησιμότητα, αφού δίνουν τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να προσαρμόσουν επαρκέστερα και απολεσματικότερα την προσφορά στη ζήτηση, σταθμίζοντας διάφορους παράγοντες, όπως τις ιδιαίζουσες συνθήκες κάτω από τις οποίες ενδέχεται μια δημόσια αρχή να κληθεί να συνάψει μια σύμβαση, τις ιδιαιτερότητες μερικών τύπων συμβάσεων και τη δομή ορισμένων οικείων αγορών. Οι εξαιρετικές διαδικασίες που παρεκκλίνουν από τις γενικές αρχές είναι η *διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς πρότερη δημοσίευση προκήρυξης* και η *διαδικασία της απευθείας ανάθεσης*.

Η νομοθεσία, προκειμένου να οριοθετήσει καλύτερα τις διαδικασίες αυτές, διαμόρφωσε την αρχή της στενής ή συσταλτικής ερμηνείας των διατάξεων των οδηγιών που προβλέπουν τις εν λόγω διαδικασίες και την αρχή ότι το δικονομικό βάρος απόδειξης της συνδρομής των εξαιρετικών περιστάσεων, φέρει όποιος τις επικαλείται.³ Έτσι, οι οδηγίες ρυθμίζουν με εξαντλητικό τρόπο το ζήτημα του πότε και υπό ποιες περιοριστικώς απαριθμούμενες προϋποθέσεις μπορούν οι δημόσιες αρχές να χρησιμοποιήσουν τις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Η όποια ευχέρεια επιλογής εφαρμοστέας διαδικασίας για σύναψη σύμβασης από τις αναθέτουσες αρχές, είναι τόσο καλά οριοθετημένη από θεσμική άποψη ώστε να μην επιτρέπονται παρερμηνείες και περιθώρια καταστρατήγησης. Έτσι, η προσφυγή στις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες επιτρέπεται μόνο σε ορισμένες περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις, υπό τον όρο της συνδρομής των αυστηρών προϋποθέσεων που θέτουν οι αντίστοιχες κανονιστικές ρυθμίσεις, οι διατάξεις των οποίων πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Εξάλλου, το βάρος απόδειξης της συνδρομής αυτών των προϋποθέσεων φέρει όποιος τις επικαλείται.⁴ Όπως

² Βλ. άρθρο 2 παρ.1 περ.32 και άρθρα 118 και 328 του Ν.4412/16.

³ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 2004, υπόθεση C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 23, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, υπόθεση C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, σκέψη 46, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, υπόθεση C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 57 και 58, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψη 32.

⁴ Ράκος, Δ. (2019). *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Αθήνα: Εκδόσεις Σάκκουλα.

εύστοχα υποστηρίζεται «η διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης δεν αποτελεί παρέκκλιση από τους κανόνες των κοινοτικών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αλλά απλώς μια τροποποιημένη εφαρμογή αυτών, προκειμένου να λαμβάνονται υπόψη τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά ορισμένων συμβατικών σχέσεων»⁵

⁵ Arrowsmith, S. (Ed.) (2011). *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Nottingham: University of Nottingham. Ανάκτηση από <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.

Κεφάλαιο 1. Δημόσιες συμβάσεις και ενωσιακό δίκαιο

1.1. Η έννοια και η νομική φύση της δημόσιας σύμβασης

Παράλληλα με τον παραδοσιακό ρόλο της διοίκησης, δηλαδή την υποχρέωση προς εξασφάλιση της τάξης και ασφάλειας, συντρέχει και η υποχρέωση του κράτους για την εκπλήρωση καθηκόντων παροχής αγαθών και υπηρεσιών στο κοινωνικό, οικονομικό και πολιτιστικό πεδίο. Στην περίπτωση αυτή, η βούληση του οργάνου της διοίκησης καταλήγει στη συνομολόγηση δημοσίων συμβάσεων, για την τελείωση των οποίων απαιτείται η σύμπτωση των βουλήσεων των δύο συμβαλλόμενων μερών, δηλαδή της διοίκησης και του ιδιώτη, που πρέπει να έχουν εκφρασθεί ελεύθερα. Αυτή η εξωτερίκευση και σύμπτωση των βουλήσεων αποτελεί αποφασιστικό κριτήριο για τον εννοιολογικό προσδιορισμό της δημόσιας σύμβασης, όπως ακριβώς ισχύει και στο χώρο των συμβάσεων του ιδιωτικού δικαίου.⁶

Η έννοια της δημοσίας σύμβασης απαντάται στο δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο. Ειδικότερα, τον ορισμό της δημόσιας σύμβασης δίνουν οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 5 της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ ΕΕ. Σύμφωνα με αυτές, ως «δημόσιες συμβάσεις» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών. Στις επόμενες παραγράφους του ίδιου άρθρου παρέχονται οι κατ' ιδίαν έννοιες που συνθέτουν και απαρτίζουν τον ορισμό της δημόσιας σύμβασης.

Ένα κρίσιμο στοιχείο για τον ορισμό μιας σύμβασης ως «δημόσιας σύμβασης» είναι ο όρος «αναθέτουσα αρχή». Ο νόμος 4412/2016 (άρθρο 2 παρ. 1-4) απαριθμεί εξαντλητικώς τα όργανα εκείνα τα οποία μπορούν να είναι αναθέτουσες αρχές. Και αυτά είναι α) το κράτος, β) οι αρχές των Ο.Τ.Α., γ) οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και δ) οι ενώσεις περισσότερων από τα αμέσως προηγούμενα όργανα.

Από τους ανωτέρω παρατιθέμενους φορείς, στους οποίους προσδίδεται ο χαρακτήρας της αναθέτουσας αρχής, εκείνος που δεν είναι αυτονόητος, αλλά και που έχει ιδιαίτερη σημασία στην διάκριση μεταξύ διοικητικών συμβάσεων ή συμβάσεων

⁶ Μουκίου Χ. (1997.) Η αρχή της νομιμότητας και οι συμβάσεις του δημοσίου και των ΝΠΔΔ (Σχόλιο στην Ολομ. ΣτΕ 4936/1995). *Διοικητική Δίκη* 2/1997. σ. 283-300.

του ιδιωτικού δικαίου, είναι «οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου». Σύμφωνα πάντοτε με τις διατάξεις του θετικού μας δικαίου (άρθρα 2 παρ. 4 και 223 παρ. 4 του ν. 4412/2016), ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά:

- α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα,
- β) έχουν νομική προσωπικότητα και
- γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

Όπως παρατηρούμε από τα στοιχεία που απαρτίζουν τον ορισμό του οργανισμού δημοσίου δικαίου, ο νόμος ομιλεί για *οργανισμό δημοσίου δικαίου* και όχι για *νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου*. Από τη διατύπωση αυτή προκύπτει αβίαστα ότι ένας οργανισμός δημοσίου δικαίου δεν είναι κατ' ανάγκην και νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, αλλά μπορεί να είναι συνεστημένος ως ένα νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου.⁷ Στην περίπτωση αυτή θα έχουμε μια «δημόσια σύμβαση», η οποία όμως θα είναι σύμβαση ιδιωτικού δικαίου και θα διέπεται κατ' αρχήν από τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα.

Πρέπει, για να χαρακτηριστεί μία σύμβαση ως διοικητική να πληρούνται σωρευτικά οι προϋποθέσεις που η νομολογία έχει διαμορφώσει και που είναι κυρίως οι ακόλουθες:

1. Ένας εκ των συμβαλλομένων μερών να είναι το Κράτος ή Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου. Πρόκειται για το νομολογιακά καθιερωμένο οργανικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως διοικητικής.
2. Το περιεχόμενο της συναπτόμενης σύμβασης πρέπει να αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση άμεσου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, επιπλέον δε, να θεσπίζονται υπέρ του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου προνόμια δημοσίας εξουσίας και υπερέχουσας θέσης (εξαιρετικές ρήτρες) διά των

⁷ Γρηγορίου, Γ. (1987). Η νομική φύση των συμβάσεων εκτελέσεως δημοσίων έργων που συνάπτονται από δημόσιες επιχειρήσεις. *Νομικό Βήμα* 34, σ. 1216.

οποίων δεν κατοχυρώνεται μια σχέση πλήρους ισότητας μεταξύ των συμβαλλομένων μερών. Πρόκειται για το χαρακτηρισμένο από τη θεωρία «λειτουργικό κριτήριο».

Από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς ότι οι έννοιες «δημόσια σύμβαση» και «διοικητική σύμβαση» δεν συμπίπτουν και μπορεί κάλλιστα, μία δημόσια σύμβαση να μην είναι διοικητική αλλά να διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο. Δεδομένου ότι, στις δημόσιες συμβάσεις τα στοιχεία του λειτουργικού κριτηρίου συντρέχουν πάντοτε, η διάκριση αυτή έχει βάση, όπως αναφέρεται παραπάνω, το οργανικό κριτήριο, το εάν δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή, και πλέον συγκεκριμένα ο «οργανισμός δημοσίου δικαίου» έχει συσταθεί υπό τη μορφή ΝΠΔΔ ή ΝΠΙΔ.

1.2. Οι δημόσιες συμβάσεις και η σημασία τους στην οικονομική και κοινωνική ζωή της ΕΕ και της Ελλάδας

Ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων παίζει σημαντικό ρόλο στις οικονομίες των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς εκτιμάται ότι αντιπροσωπεύει διαχρονικά ένα σημαντικό κομμάτι του ΑΕΠ της ΕΕ. Σύμφωνα με τα στατιστικά στοιχεία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής έτους 2015, η οικονομική αξία των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων που προκηρύχθηκαν και δημοσιεύθηκαν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ανήλθε σε 450,21 δις ευρώ, η δε δαπάνη εκτέλεσης των συμβάσεων αυτών αντιπροσώπευε το 14 % του συνολικού Ευρωπαϊκού Ακαθάριστου Προϊόντος.⁸ Εκτιμάται ότι, μόνο το 2015, ένα ποσοστό περίπου 11,1% του ΑΕΠ της Ελλάδας και ένα ποσοστό 20,5% του συνόλου των κρατικών δαπανών διατέθηκε σε δημόσιες συμβάσεις.⁹ Σύμφωνα δε με την έκθεση του Έκτακτου Ευρωβαρόμετρου (“Flash Eurobarometer Report”) με θέμα “*Business*

⁸ Βλ. σχετική έκθεση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. European Commission. (2016). *Public Procurement Indicators 2015, DG GROW G4 – Innovative and e-Procurement*. Ανακτήθηκε από <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

⁹ Βλ. σχετική διετή έκθεση του ΟΟΣΑ, με τίτλο “Government at a Glance”. OECD. (2017). *Government at a Glance 2017*. Ανακτήθηκε από: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2017-en.pdf?expires=1592155504&id=id&accname=guest&checksum=A220CD47A245382CA85D173B2BD77460.

attitudes towards corruption in the EU”,¹⁰ ο τζίρος των εταιρειών στην Ελλάδα προέρχεται κατά ένα μεγάλο ποσοστό από δημόσιες συμβάσεις και διαγωνισμούς. Πράγματι, το 23% των ελληνικών εταιρειών δήλωσαν ότι το 100% του τζίρου τους προέρχεται από δημόσιες συμβάσεις, ενώ το 28% δήλωσε ότι το 61% έως 99% του τζίρου τους προέρχεται από την ίδια πηγή.

Για το 2018, σύμφωνα με στοιχεία της ΕΑΑΔΗΣΥ, το πλήθος των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών στην Ελλάδα ανήλθε σε 108.800 με συνολικό κόστος € 1.971.521.293, των Έργων σε 9.249 με συνολικό κόστος € 1.706.322.072 και των Υπηρεσιών σε 78.538 με συνολικό κόστος € 1.943.138.502.¹¹

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι οι δημόσιες συμβάσεις αποτελούν σημαντική κινητήρια δύναμη για την οικονομική μεγέθυνση και επηρεάζουν σημαντικά τις δημόσιες δαπάνες και την οικονομική ανάπτυξη της ΕΕ και των κρατών μελών. Αναδεικνύεται ως το μέσο για την επίτευξη των εθνικών στρατηγικών στόχων όπως π.χ η ανταγωνιστικότητα, η βελτίωση της αποδοτικότητας των δημοσίων δαπανών, η επίτευξη βέλτιστης σχέσης κόστους/οφέλους και η παροχή υψηλότερης διαθέσιμης ποιότητας υπηρεσιών και αγαθών προς τους πολίτες. Ειδικότερα δε, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η ορθή και συνεκτική εφαρμογή των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις αποτελεί έναν από τους σημαντικότερους δείκτες διαφάνειας, χρηστής διαχείρισης και αξιοποίησης του δημοσίου χρήματος.

Με τις διαρκείς παρεμβάσεις βελτίωσης του θεσμικού πλαισίου, η Ε.Ε. απέκτησε νομοθεσία που αποσκοπεί στον συντονισμό των εθνικών κανόνων, επιβάλλοντας υποχρεώσεις σχετικά με τη δημοσιότητα των προσκλήσεων υποβολής προσφορών και τα αντικειμενικά κριτήρια εξέτασης των προσφορών.

Έτσι, σύμφωνα με έρευνες, το εκτιμώμενο όφελος της πρόσφατης νομοθετικής δραστηριότητας του Κοινοβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις ανέρχεται συνολικά σε 2,88 δισεκατομμύρια ευρώ ετησίως, κυρίως στον τομέα των δυναμικών και άλλων οικονομικών οφελών. Ταυτόχρονα, οι οδηγίες της ΕΕ για τις

¹⁰ Βλ. τη σχετική μελέτη «Πρόγραμμα Ελλάδα – ΟΟΣΑ: Παροχή Τεχνικής Βοήθειας για την Καταπολέμηση της Διαφθοράς». OECD. (2017). *Εθνικό Σχέδιο Δράσης για την Καταπολέμηση της Διαφθοράς στην Ελλάδα: Μεθοδολογία Αναθεώρησης και Διαδικασίες Παρακολούθησης και Αξιολόγησης*. Ανακτήθηκε από <https://www.oecd.org/governance/ethics/3.1.1-baseline-report-greece-national-anti-corruption-action-plan-el.pdf>

¹¹ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). *Απεικονίσεις για το έτος 2018*. Ανακτήθηκε από <https://ppp.eaadhsy.gr/index.php/el/>.

δημόσιες συμβάσεις οδήγησαν σε αύξηση της συνολικής αξίας των αναθέσεων από λιγότερα από 200 δισεκατομμύρια ευρώ σε περίπου 525 δισεκατομμύρια ευρώ.¹²

1.3. Η εξέλιξη του ενωσιακού δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων

Το μέγεθος της συγκεκριμένης αγοράς και η αναγκαιότητα να περιορισθεί η αυθαιρεσία των κρατών κατά την σύναψη συμφωνιών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, οδήγησε την Ε.Ε. στην θέσπιση ενός πλαισίου κανόνων και σε συνεχείς παρεμβάσεις βελτίωσής τους.

Η απουσία ανοικτού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνιστούσε ένα εμπόδιο στην ολοκλήρωση της ενιαίας αγοράς, με αποτέλεσμα να αυξάνεται το κόστος για τις αναθέτουσες αρχές και σε ορισμένους καίριους κλάδους να παρεμποδίζεται η ανάπτυξη της ανταγωνιστικότητας.

Από τη δεκαετία του 1960 και μετά, η Κοινότητα αποφάσισε να απλοποιήσει και να συντονίσει τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων. Η πρώτη προσπάθεια ρύθμισης του χώρου των δημοσίων συμβάσεων προέκυψε αρκετά νωρίς, ήδη από το 1962, όταν το τότε Συμβούλιο της ΕΟΚ εξέδωσε τα λεγόμενα «Γενικά Προγράμματα»¹³ για την κατάργηση των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και για την ελευθερία εγκατάστασης.

Το ενδιαφέρον αυτό παρέμεινε αμείωτο και τις επόμενες δεκαετίες με την έκδοση σειράς οδηγιών που προοδευτικά επεξέτειναν το πεδίο εφαρμογής της ενωσιακής ρύθμισης των δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό σημαντικό σταθμό απετέλεσε η έκδοση των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, 93/36/ΕΟΚ για τις συμβάσεις προμηθειών, 93/37/ΕΟΚ για τις συμβάσεις έργων και 93/38/ΕΟΚ για τις συμβάσεις στους λεγόμενους «εξαιρούμενους» τομείς του ύδατος, ενέργειας, μεταφορών και τηλεπικοινωνιών, καθώς και των δικονομικών οδηγιών

¹² Βλ. σχετική μελέτη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, εκπονηθείσα από το Θεματικό Τμήμα Α και το Πανεπιστήμιο του Munster για την Επιτροπή Εσωτερικής Αγοράς και Προστασίας των Καταναλωτών. European Parliament. (2019). *Contribution to Growth: European Public Procurement. Delivering economic benefits for citizens and businesses*. Ανακτήθηκε από [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU\(2018\)631048_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU(2018)631048_EN.pdf).

¹³ Βλ. *Επίσημη Εφημερίδα ΕΟΚ*, της 15.1.1962 Ανακτήθηκε από <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=celex:31961X1201>.

89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ. Οι οδηγίες αυτές αποτελούν τα θεμέλια της ενωσιακής ρύθμισης όπως την ξέρουμε σήμερα.

Η επόμενη σημαντική καμπή στη ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων ήταν η έκδοση δύο οδηγιών το έτος 2004. Η οδηγία 2004/17/ΕΚ για τους «εξαιρούμενους τομείς» του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, η οποία αντικατέστησε την οδηγία 93/38/ΕΟΚ και έθεσε εκτός ρύθμισης των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων τον τομέα των τηλεπικοινωνιών και η «κλασική» οδηγία 2004/18/ΕΚ, η οποία αντικατέστησε τις οδηγίες 92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ.

Τρία έτη μετά, το 2007, έλαβε χώρα η σημαντική αναθεώρηση των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, με την έκδοση της οδηγίας 2007/66/ΕΚ, ενώ το 2009 εκδόθηκε η οδηγία 2009/81/ΕΚ για τις συμβάσεις στους τομείς της άμυνας και ασφάλειας.

1.3.1. Η πρόσφατη αναμόρφωση του ενωσιακού δικαίου με τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ. Το 2014, έλαβε χώρα η πλέον πρόσφατη αναθεώρηση των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων με στόχο την αξιοποίηση του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να υποστηριχθούν κοινοί ευρωπαϊκοί στόχοι, όπως η προστασία του περιβάλλοντος, η υψηλή αποδοτικότητα χρήσης φυσικών πόρων και ενέργειας, η καταπολέμηση της κλιματικής αλλαγής, η προώθηση των καινοτομιών, η στήριξη της απασχόλησης, η κοινωνική ένταξη και η δημιουργία κατάλληλων συνθηκών για την παροχή υψηλού επιπέδου κοινωνικών υπηρεσιών, η αύξηση της αποδοτικότητας των δημοσίων δαπανών με τη διευκόλυνση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (στο εξής ΜΜΕ), ο εκσυγχρονισμός και η απλοποίηση των διαδικασιών ανάθεσης.¹⁴

Όπως επισημαίνεται, επιδιώκεται μια ανάπτυξη: α) έξυπνη, ήτοι θεμελιούμενη σε μια οικονομία στηριζόμενη στη γνώση και στην καινοτομία, β) βιώσιμη, υπό την έννοια της προώθησης μιας περισσότερο αποτελεσματικής, πράσινης και ανταγωνιστικής οικονομίας και γ) χωρίς αποκλεισμούς, που θα ενθαρρύνει μια οικονομία υψηλής απασχόλησης προς επίτευξη κοινωνικής και εδαφικής συνοχής.¹⁵

¹⁴ Βλ. Κουλουμπίνη, Ε., Μάζος, Η. & Κίτσος, Ι. (επιμ.) (2019). *Δημόσιες συμβάσεις ν.4412/2016, Νομολογική προσέγγιση και Πρακτική εφαρμογή*. Αθήνα: Νομική βιβλιοθήκη.

¹⁵ Βλ. Αιτιολογική έκθεση του Ν 4412/2016.

Έτσι, εγκρίθηκε από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο μια νέα δέσμη μέτρων για τις δημόσιες συμβάσεις που περιλαμβάνει την οδηγία 2014/24/ΕΕ σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις (κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ) και την οδηγία 2014/25/ΕΕ της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με συμβάσεις που συνάπτονται από φορείς που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ). Η δέσμη μέτρων για τις δημόσιες συμβάσεις ολοκληρώνεται με μια νέα οδηγία για τις συμβάσεις παραχώρησης (οδηγία 2014/23/ΕΕ), η οποία θεσπίζει κατάλληλο νομικό πλαίσιο για την ανάθεση των συμβάσεων παραχώρησης, εξασφαλίζοντας ότι όλοι οι οικονομικοί παράγοντες της ΕΕ θα έχουν αποτελεσματική και χωρίς διακρίσεις πρόσβαση στην αγορά της Ένωσης. Στις 16 Απριλίου 2014, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο ενέκριναν την οδηγία 2014/55/ΕΕ για την έκδοση ηλεκτρονικών τιμολογίων στο πλαίσιο των δημόσιων συμβάσεων.

Στις 3 Οκτωβρίου 2017, η Επιτροπή εξέδωσε δύο ανακοινώσεις: «*Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη*» (COM(2017)0572) και «*Στήριξη των επενδύσεων μέσα από προαιρετική εκ των προτέρων αξιολόγηση των πτυχών των μεγάλων έργων υποδομής που άπτονται των δημόσιων συμβάσεων*» (COM(2017)0573). Με στόχο την περαιτέρω βελτίωση των ευρωπαϊκών δημόσιων συμβάσεων (δέσμη μέτρων στρατηγικής για τις δημόσιες συμβάσεις), δημοσίευσε επίσης μια σύσταση με τίτλο «*Για την επαγγελματοποίηση των δημόσιων συμβάσεων — Δημιουργία δομής για την επαγγελματοποίηση των δημόσιων συμβάσεων*».

Με τη νέα οδηγία υιοθετήθηκαν νέοι στόχοι τους οποίους υπηρετεί το διεθνές δίκαιο δημοσίων συμβάσεων όπως η ενδυνάμωση της ευελιξίας μέσω της διεύρυνσης των διαδικασιών διαπραγμάτευσης και διαλόγου, η αποφυγή της υπερβολικής συγκέντρωσης αγοραστικής δύναμης λόγω της συγκέντρωσης της ζήτησης, η αποφυγή των αθέμιτων πρακτικών ως αποτέλεσμα συγκέντρωσης και της κεντρικής διαχείρισης των αγορών, η τοποθέτηση σήματος για περιβαλλοντικά, κοινωνικά και άλλα χαρακτηριστικά, η μεγάλη προώθηση της δυναμικής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στην ευρωπαϊκή αγορά, η ενίσχυση των οικονομικών φορέων σε ολόκληρη την Ε.Ε., η θέση σε εφαρμογή της άμεσης πληρωμής των υπεργολάβων, η προώθηση των τεχνικών συγκέντρωσης προμηθειών και ενίσχυση της επαγγελματικής διαχείρισης των δημόσιων αγορών, ο λεπτομερειακός καθορισμός του ζητήματος της ασυνήθιστα χαμηλής τιμής, η πρόβλεψη των ηλεκτρονικών

δημοπρασιών και συμφωνιών-πλαίσιο και η εγκατάσταση συστημάτων παρακολούθησης και αναφοράς πληροφοριών. Ειδική μνεία γίνεται στην αποφυγή οποιασδήποτε κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ του προσωπικού εν γένει των αναθετουσών αρχών και των οικονομικών φορέων με τη λήψη μέτρων εντοπισμού, πρόληψης και αποκατάστασης τέτοιων φαινομένων, όπως αυτό είχε, ήδη, προβλεφθεί σε διεθνές επίπεδο: «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών προσδιορισμού, πρόληψης και αποκατάστασης της σύγκρουσης συμφερόντων».¹⁶

1.3.2 Εθνική νομοθεσία περί Δημοσίων Συμβάσεων - ν. 4412/16. Όσον αφορά το ελληνικό δίκαιο, η εθνική νομοθεσία υπήρξε ιδιαίτερα πολύπλοκη, με αποτέλεσμα να είναι δυσχερής η εφαρμογή και ερμηνεία της. Πληθώρα νομοθετημάτων, δαιδαλώδης και διάσπαρτη ρύθμιση σε ορισμένους τομείς (ιδίως στα δημόσια έργα), ελλιπής ρύθμιση σε άλλους τομείς (συμβάσεις παραχώρησης και συμβάσεις παροχής υπηρεσιών) και ad hoc αντιμετώπιση θεμάτων μέσω κανονιστικών πράξεων, είχε δημιουργήσει μία κατάσταση πολυνομίας και, τελικώς, ανασφάλειας δικαίου.¹⁷

Σήμερα, το πεδίο των δημοσίων συμβάσεων ρυθμίζεται στην ελληνική έννομη τάξη ενιαία (σε επίπεδο ουσιαστικών και δικονομικών κανόνων) από το ν. 4412/2016, ο οποίος ενσωμάτωσε τις νέες Οδηγίες 2014/24 ΕΕ και 2014/25 ΕΕ και το ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 2014/23 ΕΕ. Αξιοσημείωτο είναι ότι το Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016 είναι αφιερωμένο στους κανόνες που ρυθμίζουν την παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, καταργώντας τον προϊσχύσαντα ν.3886/10 και επιφέροντας βελτιώσεις κατά την ενσωμάτωση της δικονομικής οδηγίας 2007/66 ΕΚ.

Βασική καινοτομία του νόμου αποτελεί η εφαρμογή του σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις που αναθέτουν όλες οι «αναθέτουσες αρχές», ανεξαρτήτως της φύσης τους ως νομικά πρόσωπα ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου. Περαιτέρω, ο νόμος ενοποιεί όλα τα σχετικά προϊσχύσαντα νομοθετήματα, αφού σύμφωνα με το άρθρο 377, παρ.

¹⁶ Μουκίου, Χ. (2017). *Διαφάνεια, ακεραιότητα & εντιμότητα στις δημόσιες συμβάσεις. Η σταδιακή αφομοίωση του διεθνούς Soft Law σε επίπεδο Δημοσίων Συμβάσεων*. Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.

¹⁷ Χριστιανός, Β. & Πανάγος, Θ. (2018). *Δημόσιες συμβάσεις, Ερμηνεία κατ'άρθρο, Νόμοι 4412/2016 και 4413/2016*. Αθήνα: Σάκκουλας.

2, κάθε άλλη αντίθετη γενική ή ειδική διάταξη καταργείται. Με τη ρύθμιση αυτή, καταργούνται όλες οι ειδικές διατάξεις ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων, υπηρεσιών και προμηθειών (ειδικοί κανονισμοί) των οργανισμών και εταιρειών του δημοσίου.

Όπως επισημαίνεται στη σελίδα 2 της Αιτιολογικής Έκθεσης:

Με δεδομένο ότι οι δημόσιες αρχές, σε ευρωπαϊκό επίπεδο, δαπανούν κάθε χρόνο ποσοστό 18% του ΑΕΠ για την αγορά αγαθών, υπηρεσιών και την εκτέλεση έργων και ενόψει της περιόδου δημοσιονομικής λιτότητας και οικονομικών δυσχερειών, των τελευταίων χρόνων, στην πλειονότητα των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η τελευταία έκρινε ότι η πολιτική στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων όφειλε να εξασφαλίσει βέλτιστη χρησιμοποίηση των σχετικών κονδυλίων, ώστε να στηρίξει την οικονομική ανάπτυξη και τη δημιουργία θέσεων απασχόλησης, και να συμβάλει τοιούτοτρόπως στην υλοποίηση των στόχων της στρατηγικής «Ευρώπη 2020», σε μεγαλύτερο βαθμό απ' ό,τι ως συνήθως.

Είναι σαφές, ότι η μεταφορά, αφενός των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ με το ν. 4412/2016 και, αφετέρου, της οδηγίας 2014/23/ΕΕ με το ν. 4413/2016 απαίτησε μεγάλη προσπάθεια. Σε ορισμένες περιπτώσεις οι συντάκτες του νόμου, κατά τη μεταφορά ορισμένων άρθρων των οδηγιών, αποστασιοποιήθηκαν από τη διατύπωση της αντίστοιχης ρύθμισης της ελληνικής απόδοσης της οδηγίας (Χριστιανός & Πανάγος, 2018).

Παράλληλα, υπάρχουν περιπτώσεις όπου ο Έλληνας νομοθέτης διαφοροποιείται από τη ρύθμιση της οδηγίας. Σε αυτές τις περιπτώσεις τυγχάνει εφαρμογής η ενωσιακή «αρχή της σύμφωνης ερμηνείας». Στο πλαίσιο αυτό, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να ερμηνεύουν και να εφαρμόζουν τις διατάξεις του εσωτερικού δικαίου σύμφωνα με τις επιταγές του δικαίου της Ένωσης. Εφόσον δεν είναι δυνατή μία τέτοια σύμφωνη ερμηνεία, οφείλουν να μην εφαρμόσουν οποιαδήποτε αντίθετη διάταξη του εσωτερικού δικαίου.¹⁸

Πράγματι, σύμφωνα με τη σχετική νομολογία των Δικαστηρίων της ΕΕ, οι αιτιολογικές σκέψεις των νομικών πράξεων της Ένωσης, αν και δεν έχουν αυτοτελή νομική αξία, πλην όμως το Δικαστήριο καταφεύγει συχνά σε αυτές για την ερμηνεία τους. Και τούτο, διότι στις αιτιολογικές σκέψεις της εκάστοτε οδηγίας κατά κανόνα αποτυπώνεται το περιεχόμενο των διατάξεων και παρατίθεται το νομικό τους υπόβαθρο.

¹⁸ Βλ. ενδεικτικά, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της ΕΕ της 18.12.2007, Frigerio Luigi & C., C-357/06, EU:C:2007:818, σκ. 28· της 10.6.2010, Bruno κ.λπ., C-395/08 και C-396/08, EU:C:2010:329, σκ. 74.

Κεφάλαιο 2. Οι γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων βασίζεται σε ένα σύνολο γενικών αρχών, οι οποίες αποτελούν ερμηνευτικούς άξονες για το σύνολο των κανόνων του κοινοτικού δικαίου. Οι αρχές αυτές έχουν ως επί το πλείστον διαμορφωθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ και στηρίζονται στις γενικές διατάξεις της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) καθώς και τους ευρύτερους σκοπούς της ΕΕ. Πρόκειται για κανόνες τους οποίους έχει επικαλεσθεί το ΔΕΕ σε υποθέσεις δημοσίων συμβάσεων.

Στην οδηγία 2014/24/ΕΕ, κατοχυρώνονται ρητά οι «γενικές αρχές» του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων στο άρθρο (18), που συνιστά ρύθμιση και όχι αιτιολογική σκέψη (Μουκίου, 2017): *«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο»*.¹⁹

Οι αρχές αυτές που παρατίθενται κατωτέρω, έχουν πλέον παγιωθεί και αποτελούν το θεμέλιο επί του οποίου δομείται κάθε νομοπαρασκευή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

2.1. Η αρχή της διαφάνειας και της υποχρεωτικής δημοσιότητας

Η αρχή της διαφάνειας συναντάται στο πλέγμα των διατάξεων εκείνων που αφορούν τη διαδικασία ανάθεσης και σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ως απόρροια της αρχής της ίσης μεταχείρισης,²⁰ που αξιώνει τη διασφάλιση της ισότητας των προσφερόντων, και η οποία αποτελεί θεμελιώδη αρχή στο συνολικό πλαίσιο των κανόνων δικαίου που διέπει το καθεστώς της ανάθεσης των εν λόγω συμβάσεων, σύμφωνα με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τα δίκαια των κρατών μελών της.²¹

¹⁹ Βλ. Κατευθυντήρια οδηγία 9/2015 ΕΑΑΔΗΣΥ.

²⁰ Τροβά, Ε. (2008). Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου 10-11/2008*.

²¹ Γιαννακόπουλος Κ. (2003). *Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*. Σειρά «Βιβλιοθήκη Νομικής Θεωρίας και Πράξεως», τ.36. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα. Επίσης, βλ. Arrowsmith, S., *EU public procurement law: An introduction*, ό.π.

Η υποχρέωση της διαφάνειας έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.²²

Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ)²³ η αρχή της διαφάνειας πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης, ιδίως δε στο στάδιο της επιλογής υποψηφίων, ακόμη και εάν δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη περί τούτου, ώστε να καθίσταται δυνατή η πραγμάτωση της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους υποβάλλοντες προσφορά.

Η διοικητική διαφάνεια, ως μορφή ενσωμάτωσης της αρχής της «φανεράς διοικήσεως», έρχεται για να ανατρέψει μια μακρόχρονη παράδοση μυστικής δράσης της διοίκησης, προσδίδοντας δημοκρατικό χαρακτήρα στη δράση της.²⁴

Η διαφάνεια υπό την τυπική έννοια του όρου συνδέεται κυρίως με τη δημοσιοποίηση ή γνωστοποίηση εγγράφων και την πρόσβαση των διοικουμένου σε αυτά και, σε επίπεδο δικαίου δημοσίων συμβάσεων, συνδέεται με τις τυπικές διαδικασίες δημοσιότητας και πληροφόρησης που επιτρέπουν στους ενδιαφερόμενους εν δυνάμει αντισυμβαλλόμενους να καταστούν υποψήφιοι αντισυμβαλλόμενοι και, πιθανώς, εν τέλει αντισυμβαλλόμενοι. Σε επίπεδο ευρωπαϊκού δικαίου απορρέει από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, και συνιστά την τυπική προϋπόθεση για την πρόσβαση και την ισότιμη μεταχείριση των επίδοξων αντισυμβαλλόμενων (Μουκίου, 2017).

Η διαφάνεια υπό την ουσιαστική και ευρεία έννοια του όρου έχει ως περιεχόμενο, την τήρηση όρων, προτύπων, κανόνων και μορφών συμπεριφοράς προάγουν τη νομιμότητα της δράσης της δημόσιας διοίκησης, την αποτελεσματικότητα της, τη δημοσιονομική προβλεψιμότητα και εν τέλει την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Πρόκειται για σταδιακή εκνομίκευση προτύπων συμπεριφοράς, κανόνων δεοντολογίας, κανόνων ηθικής και τήρησης αξιακών κωδίκων, με ρόλο εγγυητικό για την αποτελεσματικότητα της διοικητικής και δημοσιονομικής λειτουργίας και αποτρεπτικό για τη δημιουργία φαινομένων διαφθοράς.

²² Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 29-3-2012, C-559/10, σκέψη 25, ΔΕΚ απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2004 C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. 1-3801, σκέψη 111.

²³ Βλ. ΔΕΚ C-324/98 Telaustria Verlags GmbH, & December 2000.

²⁴ Τροβά Ε. (2004). Το Ελεγκτικό Συνέδριο και η διασφάλιση της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις στο *Τιμητικός τόμος για τα 170 Χρόνια Ελεγκτικού Συνεδρίου*, Αθήνα: Αντ. Ν. Σάκκουλας.

Οι υπάρχοντες μέχρι το 2014 κανόνες, δεν επαρκούσαν για την καταπολέμηση του φαινομένου της αδιαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις υπό την ευρεία και ουσιαστική έννοια του όρου.

Με την έκδοση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ φαίνεται ότι η επιδίωξη του ενωσιακού νομοθέτη μετατοπίζεται. Η επίτευξη του ανταγωνισμού παραμένει μεταξύ των στόχων των κανόνων εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, αλλά δεν είναι πλέον πρωτεύων στόχος. Αντίθετα, η διαφάνεια αναφέρεται ρητά μεταξύ των πρωτευόντων στόχων που απορρέουν από τις ίδιες τις διατάξεις της ΣυνθλΕΕ.

Στη στοχοθεσία του ευρωπαϊού νομοθέτη περιλαμβάνεται πλέον, *inter alia*, ο εξορθολογισμός και η εξοικονόμηση των δημόσιων δαπανών, η ουσιαστική διαφάνεια με την αποφυγή σύγκρουσης συμφερόντων και η αντιμετώπιση ακόμη και της τρομοκρατίας και του ξεπλύματος χρήματος. Τα νέα *desiderata* των δημόσιων συμβάσεων κατέστησαν *lex lata* (Μουκίου, 2017).

Η λήψη πρόσθετων μέτρων διαφάνειας, χάριν της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και του δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι λ.χ. η θέσπιση ποικίλων κανόνων δημοσιότητας, η παρουσία των ενδιαφερόμενων στο άνοιγμα των προσφορών κ.λπ., έρχεται να καλύψει τα κενά και τις ολέθριες συνέπειες της αρχικής αντίληψης ότι τα ήδη υφιστάμενα νομοθετικά μέτρα για τη διασφάλιση της ελεύθερης οικονομίας και του ανταγωνισμού, ήταν αρκετά για να αντιμετωπισθεί η απειλή από τη διαφθορά (Ράικος, 2019).

Στο πλαίσιο ενίσχυσης της διαφάνειας υιοθετήθηκαν, μεταξύ άλλων διατάξεις για την χρηστή «διακυβέρνηση» των δημόσιων συμβάσεων, όπως η υποχρέωση παρακολούθησης του συστήματος των δημοσίων συμβάσεων από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), με την συνέργεια των αρμόδιων ελεγκτικών ή εποπτικών διοικητικών οργάνων και αποτύπωση σε σχετικές εκθέσεις και δημοσίευση των αποτελεσμάτων της παρακολούθησης σύμφωνα με το περιεχόμενο των διατάξεων που προβλέπονται στα άρθρα 340-342 του Ν.4412/16 .

Οι αγοραστές του Δημοσίου, αναθέτουσες αρχές/φορείς, οφείλουν από την πλευρά τους:

- να φυλάσσουν αντίγραφα των συμβάσεων άνω του 1 εκατ. ευρώ για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών (και άνω των 10 εκατ. ευρώ για τις συμβάσεις έργων), καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων.

- να συντάσσουν ειδική έκθεση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 341, στην οποία εξηγούνται οι κυριότερες αποφάσεις για τις σχετικές διαδικασίες και αναφέρονται οι ενδεχόμενες περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων και τα σχετικά μέτρα που ελήφθησαν. Η εν λόγω έκθεση διαβιβάζεται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή και στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατόπιν αιτήσεώς τους.²⁵

2.2. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης ή της απαγόρευσης διακρίσεων

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αποφυγής των διακρίσεων με βάση την εθνικότητα εμπεριέχεται στη Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (ήδη ΣυνΛΕΕ, άρθρο 10) και εξειδικεύθηκε με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποτυπώνεται δε ρητά και στο άρθρο 18 της γενικής οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι διατάξεις της οποίας συμπληρώνουν και εξειδικεύουν το ενωσιακό νομικό καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις (βλ. άρθρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016). Σύμφωνα με το άρθρο αυτό,

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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαιρέσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.

Το Δικαστήριο έχει συσχετίσει δε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, η οποία φαίνεται να επιτελεί περισσότερο ένα ρόλο εργαλειακό για την υλοποίηση του πρωταρχικού στόχου της ανάπτυξης υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, και λιγότερο έναν αυτοτελή σκοπό²⁶ με την αρχή προστασίας της διαφάνειας, με την έννοια ότι η πρώτη

²⁵ ΕΑΑΔΗΣΥ, Έκθεση παρακολούθησης δημοσίων συμβάσεων για την Ελλάδα, Ιούνιος 2018.

Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20180717-PP_MONITORING_REPORT_2017.pdf.

²⁶ Arrowsmith, S., Treumer, S., Fejo, J. & Jiang L. (2011). *Public Procurement Regulation: An introduction*. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation.

συνεπάγεται μια υποχρέωση διαφάνειας, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος τήρησής της, για να διασφαλίζεται, δηλαδή, ο έλεγχος της αμεροληψίας των διαδικασιών του διαγωνισμού.

Η νομολογία του ΔΕΕ περιλαμβάνει πληθώρα αποφάσεων, στις οποίες υποστηρίζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων σε δημόσιους διαγωνισμούς, προκειμένου να εξασφαλιστεί ο γνήσιος και ελεύθερος ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίας σύμβασης.²⁷

2.3. Η αρχή της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας

Στενά συνδεδεμένη με τις δύο ως άνω αρχές είναι και η αρχή της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας της αναθέτουσας αρχής και εν γένει των οργάνων διεξαγωγής του διαγωνισμού της δημοσίας σύμβασης.²⁸

Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή της διοικητικής αμεροληψίας, που αποτελεί ειδικότερη έκφανση της γενικής αρχής του κράτους δικαίου, η οποία απορρέει από το Σύνταγμα, τα πρόσωπα που αποτελούν τα διοικητικά όργανα, είτε μονομελή είτε ως μέλη συλλογικού οργάνου, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις για αμερόληπτη κρίση, ώστε να δημιουργείται στο διοικούμενο η πεποίθηση περί του αδιάβλητου της λαμβανόμενης απόφασης.²⁹

Η αρχή της αμεροληψίας είναι παρούσα σε μια σειρά σημαντικών αποφάσεων του ΔΕΕ, και θεωρείται από αυτό, χαρακτηριστικό της όλης διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η παράβαση της οποίας μπορεί να έχει συνέπειες στη συνολική νομιμότητα της διαδικασίας ανάθεσης αυτών. Με αυτή δε συνδέεται άμεσα και η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων (“conflict of interests”).³⁰

²⁷ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις C-496/99, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA13 και C-470/99 Universale-Bau14.

²⁸ Βλ. Ράικος, Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, ό.π.

²⁹ Βλ. αναλυτικότερα Ράικος Δ. (2006). *Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά*. Αθήνα: Σάκκουλας και Σπηλιωτόπουλος, Επ. (2007). *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, 12η έκδοση. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα και Σιούτη, Γ. (1990). *Η Γνωμοδοτική Διαδικασία*. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα, και Δαγτόγλου, Π. (2012). *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*. Αθήνα: Σάκκουλας και Τάχος, Α.(2003). *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας και Στασινόπουλος, Μ. (1957). *Δίκαιο των Διοικητικών Πράξεων*. Αθήνα: Σάκκουλας, Πρβλ. ΣτΕ 2012/2003, 741/2003, 2522/2001, 1117/2000 κ.α.

³⁰ Βλ. Τροβά, Ε., *Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων* και Κατευθυντήρια οδηγία 9/2015 ΕΑΑΔΗΣΥ.

Επιπλέον, η αρχή της αντικειμενικότητας πρέπει να τηρείται απαρέγκλιτα σε όλες τις φάσεις των δημοσίων συμβάσεων, ιδιαιτέρως κατά τη θέση των τεχνικών προδιαγραφών του ζητούμενου προϊόντος, έργου ή υπηρεσίας. Η συμφερότερη προσφορά των οικονομικών φορέων οφείλει να προσδιορίζεται με τρόπο αντικειμενικό.

2.4. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων

Η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μια διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως ενόψει έκδοσης δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αφηνδιασμού σε βάρος των διαγωνιζόμενων. Μια τέτοια επιταγή βρίσκεται, άλλωστε, σε απόλυτη εναρμόνιση με τη θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κλπ, πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες.

Η αρχή αυτή που διέπει το δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων, αντανακλά και τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών. Έτσι κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής που είναι αρνητική ή απορριπτική αιτήματος του οικονομικού φορέα πρέπει να μπορεί να προσβάλλεται με ένδικο βοήθημα που να παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου της νομιμότητάς της σε σχέση με το δίκαιο της Ένωσης (Ράικος, 2019).

2.5. Η αρχή της ασφάλειας του δικαίου

Μια από τις βασικές αρχές σε εθνικό αλλά και ευρωπαϊκό επίπεδο, είναι η αρχή της ασφάλειας του δικαίου ή της νομικής ασφάλειας (Rechtssicherheit principe de securite juridique). Σε εθνικό επίπεδο, η αρχή αυτή είναι συνταγματικού επιπέδου και απορρέει από την έννοια του κράτους δικαίου.³¹

Στο πεδίο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης εμφανίζεται με την έννοια ότι, σε περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές έχουν υιοθετήσει την πρακτική να θεωρούν μια παράλειψη ως ασήμαντη και

³¹ Βλ. ΣτΕ 57-59/2005, Ακύρωση ανυπόστατης διοικητικής πράξης για λόγους ασφάλειας του δικαίου.

επουσιώδη, αυτές δε δύναται μεταγενέστερα να μεταβάλλουν άποψη και να θεωρήσουν ότι το εν λόγω σφάλμα είναι ουσιώδες και συνιστά λόγο αποκλεισμού από μια διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.³²

2.6. Η αρχή της αναλογικότητας

Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία συγκαταλέγεται στις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ³³ τα μέτρα που λαμβάνονται σε ενωσιακό ή εθνικό επίπεδο προς την επίτευξη ενός σκοπού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.³⁴

Σύμφωνα με τα παραπάνω, στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας αποτελεί η απαγόρευση στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την ποιοτική επιλογή υποψηφίων. Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε διαδικασίας.

2.7. Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης ή της ισοδυναμίας

Σύμφωνα με την αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, ένα κράτος μέλος οφείλει να δέχεται τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που παρέχονται από τους οικονομικούς φορείς άλλων κρατών μελών, στο μέτρο που τα εν λόγω προϊόντα και υπηρεσίες πληρούν με ισοδύναμο τρόπο τους θεμιτούς στόχους τους οποίους επιδιώκει το κράτος μέλος προορισμού.³⁵

³² Καφτάνη, Κ. (2012). Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς - Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας;. *Διοικητική Δίκη* 24.

³³ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 4-10-2012, υπόθεση C-249/11, Hristo Byankov, σκέψη 43, ΔΕΚ απόφαση της 17-11- 2011, υπόθεση C-434/10, Petar Aladzhev, σκέψη 47, ΔΕΚ απόφαση της 21-12-2011, C-316/10, Danske Svineproducenter, σκέψη 51-52, ΔΕΚ απόφαση της 28-7-2011, υπόθεση C-309/10 Agrana Zucker GmbH, σκέψη 42. Βλ. και ΔΕΚ αποφάσεις της 14^{ης} Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, Arnold Andre, Συλλογή 2004, σ. 1-11825, σκέψη 45 και C-210/03, Swedish Match, Συλλογή 2004, σ. 1-11893, σκέψη 47, καθώς και της 6^{ης} Δεκεμβρίου 2005, ABNA κ.λπ σκέψη 68)

³⁴ Κατσιμάνη, Ε. (2007). *Κοινοτικό Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλας.

³⁵ Βλ. Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο (2000/C 121/02, ΤΙΤΟ 3.1.4.). Ανακτήθηκε από <https://eur-lex.europa.eu/legal-c->

2.8. Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς

Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που αφορά όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς (Καφτάνη, 2012).

Η αρχή της τυπικότητας εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών διευκολύνοντας την αξιολόγηση τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, συνέπεια η οποία δεν επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού.

Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από το διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, ή έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση των οργάνων του διαγωνισμού.³⁶

ontent/EL/ALL/?uri=CELEX%3A32000Y0429%2801%29. Επίσης, βλ. Γέροντας, Απ. (2009). *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*. Αθήνα: Σάκκουλας.

³⁶ Βλ. ΣτΕ 2889/2011, ΕΑ ΣτΕ 228/2013.

Κεφάλαιο 3. Διαδικασίες ανάθεσης που παρεκκλίνουν από τις γενικές αρχές
Σύμφωνα με το ενωσιακό και το εθνικό δίκαιο, όπως αναφέρεται παραπάνω, οι αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης και του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελούν το τρίπτυχο το οποίο πρέπει να καλύπτει κάθε δημόσια σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας από το προσυμβατικό στάδιο μέχρι την ολοκλήρωση της σύμβασης και την παράδοση του αγαθού ή την παροχή της υπηρεσίας.

Με το άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για πρώτη φορά συστηματοποιούνται και κατοχυρώνονται ρητά σε συγκεκριμένο άρθρο οι «γενικές αρχές» του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο». Η επίτευξη του ανταγωνισμού παραμένει μεταξύ των στόχων των κανόνων εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά δεν είναι πρωτεύων στόχος. Αντίθετα, η διαφάνεια αναφέρεται ρητά μεταξύ των πρωτευόντων στόχων που απορρέουν από τις ίδιες τις διατάξεις της ΣυνθΛΕΕ (Μουκίου, 2017).

Έτσι η προκήρυξη συνιστά το βασικότερο μέσο διασφάλισης διαφάνειας και δημοσιότητας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, και το στοιχείο-κλειδί για την δημιουργία μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς στον τομέα αυτό.³⁷

Από τον ως άνω γενικό κανόνα έχουν καθιερωθεί αποκλίσεις:

- **Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς πρότερη δημοσίευση προκήρυξης**, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να γνωστοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για σύναψη σύμβασης, μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλώς να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της και
- **Η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης** χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν σύμβαση στο φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς.³⁸

³⁷ Βλ. Γέροντας, Απ. *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*.

³⁸ Βλ. άρθρο 2 περ. 31 του Ν.4412/2016, «ως “απευθείας ανάθεση” νοείται η διαδικασία ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς αναθέτουν στον οικονομικό φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 118 και 328».

Οι δυο αυτές διαδικασίες προσεγγίζουν η μια την άλλη τόσο πολύ που, μέρος της θεωρίας και της νομολογίας τείνει, όχι απολύτως άδικα, να εξομοιώνει και να ταυτίζει τις δύο διαδικασίες.³⁹

Όπως χαρακτηριστικά είχε δεχθεί το Συμβούλιο της Επικρατείας, «η διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι άτυπη και δεν διαφέρει ουσιαστικώς της διαπραγματεύσεως που είναι πράγματι αναγκαία και που προηγείται της απευθείας αναθέσεως...».⁴⁰ Παρότι εμφανίζουν πλείστα κοινά στοιχεία, αφού πρόκειται για διαδικασίες ανάλογες,⁴¹ είναι αλήθεια ότι υπάρχουν σημεία που τις διαφοροποιούν, μην επιτρέποντας τελικά την πλήρη ταύτισή τους.⁴² Σε αντίθεση με την απευθείας ανάθεση, η διαδικασία διαπραγμάτευσης προϋποθέτει υποχρεωτικά την ενεργό συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής κατά τον καθορισμό των όρων της σύμβασης, όσον αφορά λ.χ. τις τιμές, τις προθεσμίες, τις ποσότητες, τα τεχνικά χαρακτηριστικά ή τις εγγυήσεις.

Η διαδικασία με διαπραγμάτευση στην οποία δεν προηγείται δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού συνιστά την εξαιρετική εκδοχή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση⁴³. Δικαστήριο και ευρωπαϊός νομοθέτης έχουν χαρακτηρίσει την απευθείας ανάθεση ως τη σημαντικότερη παρέκκλιση την οποία επιστρατεύθηκαν να καταπολεμήσουν και οι δικονομικοί κανόνες του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου (Οδηγία 2007/66/ΕΚ), επιφυλάσσοντας στην παράνομη απευθείας ανάθεση την βαρύτερη προβλεπόμενη κύρωση, αυτή της δυνατότητας κήρυξης άκυρης της σύμβασης που ανατέθηκε παρανόμως απευθείας (άρθρ. 8 ν. 3886/2010 και άρθρ.

³⁹ Βλ. Ράικος, Δ. *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*.

⁴⁰ Βλ. ΣτΕ 4940, 4941/1995.

⁴¹ Βλ. άρθρο 7 παρ.3 του π.δ. 23/1993 (ΦΕΚ Α' 8) που όριζε ότι «οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση είναι ανάλογες με τις δημοπρασίες με απευθείας ανάθεση, που προβλέπονται στο άρθρο 4 παρ. 2γ του Ν. 1418/84, στα πλαίσια των οποίων η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στους εργολήπτες της επιλογής της και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς».

⁴² Βλ. Γιαννακόπουλος, Κ. *Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*.

⁴³ Σκουρή, Β. (1997). *Διοικητικές συμβάσεις και δημόσια έργα: Πρακτικές εφαρμογές με αφορμή ζητήματα ελληνικού και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου*, Σειρά: Μελέτες Διοικητικού Δικαίου, τ.1. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας.

368-371 ν. 4412/2016) αλλά και με την θέσπιση δικαιώματος αποζημίωσης (άρθρ. 9 ν. 3886/2010 και άρθρ. 373 ν. 3886/2010).⁴⁴

Όπως χαρακτηριστικά είχε κάνει δεκτό το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθμ. 690/1957 απόφασή του, «...ο καταλληλότερος ανάδοχος δέον χάριν του δημοσίου συμφέροντος να αναδεικνύεται εν ελευθέρω διαγωνισμώ, εις τον οποίον να διευκολύνηται – κατόπιν ευρείας δημοσίας γνωστοποιήσεως – η προσέλευσις και να εξασφαλίζεται η υπό τους αυτούς δια γενικού και απροσώπου νόμου καθοριζομένους όρους συμμετοχή παντός ενδιαφερομένου».

Επισημαίνεται, ότι κατά πάγια νομολογία και των εθνικών δικαστηρίων⁴⁵ οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις κατά κανόνα με τη διενέργεια ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, ενώ η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποτελεί «εξαιρετική διαδικασία που προβλέπεται μόνο σε ορισμένες περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις και υπό ορισμένες προϋποθέσεις» καθόσον «συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες για την κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού».⁴⁶

Ο ευρωπαϊός νομοθέτης του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ υποχρέωσε τα κράτη μέλη να προβλέψουν στο εθνικό τους δίκαιο τη χρησιμοποίηση από τις αναθέτουσες αρχές των διαδικασιών της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της σύμπραξης καινοτομίας, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση και έθεσε στην διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών την πρόβλεψη ή μη, στο εθνικό δίκαιο, της δυνατότητας να προσφεύγουν υπό όρους οι αναθέτουσες αρχές στην διαδικασία, με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό. Η διαφοροποίηση είναι εύλογη και ενδεικτική της πάγιας επιφυλακτικής στάσης του ευρωπαϊκού δικαίου απέναντι σε διαδικασίες που παρεκκλίνουν (όπως εκείνες που διακρίνονται από την απουσία παντελούς δημοσιότητας) από την αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Η διακριτική αυτή ευχέρεια που έδωσε ο ευρωπαϊός νομοθέτης στους νομοθέτες των

⁴⁴ Το ΔΕΕ κατ' επανάληψη έχει διατυπώσει τη θέση ότι πρόκειται για διαδικασίες που παρεκκλίνουν από τον κανόνα διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας και χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιστάσεις. Ενδεικτικά βλ. ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-318/94 Επιτροπή κατά Γερμανίας, C-337-98 Επιτροπή κατά Γαλλίας.

⁴⁵ Βλ. ενδεικτικά, ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ 29/2012 Τμήμα VI, ΕΣ 94/2008)

⁴⁶ Βλ. ΕΣ 5/2012 Τμήμα Μείζονος Σύνθεσης.

κρατών μελών ήταν τόσο ευρεία που οι τελευταίοι θα μπορούσαν για παράδειγμα να περιορίσουν την διαδικασία αυτή σε ορισμένα είδη συμβάσεων ή αναθετουσών αρχών ή για ορισμένους μόνο από τους λόγους επιτρεπτής προσφυγής που προβλέπει η Οδηγία.⁴⁷

Ο εθνικός νομοθέτης του ν. 4412/2016, τάχθηκε υπέρ της πρόβλεψης στο εθνικό δίκαιο και της δυνατότητας για προσφυγή, υπό τους όρους του ενωσιακού δικαίου, στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό,⁴⁸ παρά το γεγονός ότι οι διαδικασίες αυτές δεν φαίνεται να συμβιβάζονται καταρχήν σε ένα θεσμικό πλαίσιο το οποίο προτάσσει πρωταρχικώς την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Εντούτοις, η διαχρονική πρόβλεψή της εμφανίζεται επαρκώς δικαιολογημένη.

Οι διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με διαπραγμάτευση έχουν μεν χρησιμότητα, αφού δίνουν τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να προσαρμόσουν επαρκέστερα και απολεσματικότερα την προσφορά στη ζήτηση, πλην όμως λόγω της εύκαμπτης συμπεριφοράς που τους επιτρέπουν, είναι καταρχήν, ασύμβατες με τον ανταγωνισμό, αφού συνιστούν παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Για τον λόγο αυτό, αποτελούν τόσο κατά το ενωσιακό όσο και το εθνικό δίκαιο εξαιρετικές διαδικασίες, η προσφυγή στις οποίες επιτρέπεται μόνο σε ορισμένες περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις, υπό τον όρο της συνδρομής των αυστηρών προϋποθέσεων που θέτουν οι αντίστοιχες κανονιστικές ρυθμίσεις, οι διατάξεις των οποίων πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Εξάλλου, το βάρος απόδειξης της συνδρομής αυτών των προϋποθέσεων φέρει όποιος τις επικαλείται (Ράικος, 2019).

⁴⁷ Ράικος, Δ., Βλάχου, Ε. & Σαββίδη, Ε. (2018). *Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016*, α' τόμος. Αθήνα: Σάκκουλας.

⁴⁸ Βλ. άρθρο 2 παρ.1 περ.32 και άρθρα 118 και 328 του Ν.4412/16

Κεφάλαιο 4. Διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (negotiated procedure without prior publication)

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 26 παρ. 6 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. και άρθρο 26 παρ. 6 και 32 του ν. 4412/2016) προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, σε συγκεκριμένες μόνο περιπτώσεις και υπό τους όρους που αναφέρονται στις εν λόγω διατάξεις. Πρόκειται, για μια εξαιρετική διαδικασία, που έχει παρομοιαστεί με εκείνη που προβλέπουν οι διατάξεις της UNICITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services για την απευθείας ανάθεση (“single-source procurement”).⁴⁹

Στην αιτιολογική σκέψη 50 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ περιγράφονται οι λόγοι και το πνεύμα της συγκεκριμένης διαδικασίας:

Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξαρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα μπορεί να οφείλεται και σε άλλους λόγους, όμως μόνο καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές που επικαλούνται αυτή την εξαίρεση θα πρέπει να αιτιολογούν γιατί δεν υπάρχουν εύλογες εναλλακτικές ή υποκατάστατα, όπως η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής ακόμα και εκτός του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής ή να εξετάζουν παρεμφερή από άποψη λειτουργίας έργα, αγαθά και υπηρεσίες. Στις περιπτώσεις που η κατάσταση της αποκλειστικότητας οφείλεται σε τεχνικούς λόγους, αυτοί θα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια και να αιτιολογούνται κατά περίπτωση.

Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007 (άρθρ. 31 Οδηγία 2004/18/ΕΚ). Οι αλλαγές που επήλθαν όσον αφορά τους λόγους προσφυγής στη διαδικασία αυτή δεν είναι ουσιώδες και συνίστανται κυρίως στα ακόλουθα:

- Εισαγωγή ορισμού μη κατάλληλες προσφορές και αίτησης συμμετοχής (παρ. 2α),

⁴⁹ Βλ. Arrowsmith, S. *EU public procurement law: An introduction*.

- Εισαγωγή διευκρινιστικής διάταξης για τα έργα τέχνης (παρ. 2.β.αα)
- Πρόβλεψη απαίτησης για μη ύπαρξη εύλογης εναλλακτικής λύσης ή υποκατάστατου (παρ. 2β),
- Επέκταση εξαίρεσης για αγορές υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους και στις συμβάσεις υπηρεσιών (παρ. 3),
- Εισαγωγή διευκρινιστικής διάταξης για εξαίρεση σε συνέχεια διαγωνισμού μελετών (παρ. 5).

Η διαδικασία αυτή με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, παρότι συνιστά επίσης μια διαδικασία που περιλαμβάνει διαπραγματεύσεις, δεν ακολούθησε την πορεία διεύρυνσης των λοιπών διαδικασιών με διαπραγματεύσεις, επειδή η έλλειψη δημοσιότητας, η οποία οφείλεται κυρίως στη μη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, την διαφοροποιεί ουσιωδώς από εκείνες.

Επειδή συνιστά παρέκκλιση από τον κανόνα της διεξαγωγής διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί νόμιμα να λαμβάνει χώρα μόνο, στις περιοριστικά στη διάταξη αυτή απαριθμούμενες περιπτώσεις (*numerus clausus*)⁵⁰ συσταλτικά ερμηνευόμενων, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.⁵¹

Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Γενικός Εισαγγελέας P.Maduro στις προτάσεις του, ενόψει της υπόθεσης C-250/07, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας,

...η υποχρέωση προκήρυξης διαγωνισμού έχει ως βάση το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο και πρέπει να τηρείται συστηματικά. Η σύναψη συμβάσεων χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού είναι ικανή να βλάψει όχι μόνο τους δυνητικούς υποψηφίους, αλλά και τους πολίτες, οι οποίοι μέσω της φορολογίας πληρώνουν για δημόσια έργα και να νοθεύσει τον ανταγωνιστικό χαρακτήρα της αγοράς δημοσίων συμβάσεων, θίγοντας την αποτελεσματικότητα των διατάξεων της Συνθήκης περί των θεμελιωδών κοινοτικών ελευθεριών. Για τους λόγους αυτούς, διάταξη παρέχουσα τη δυνατότητα σε αναθέτουσα αρχή να μη δημοσιεύει προκήρυξη διαγωνισμού πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς.⁵²

Ο γενικός κανόνας που ισχύει στις περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη είναι ότι δεν απαιτείται η τήρηση των διατάξεων

⁵⁰ Βλ. Απόφαση του Δικαστηρίου (όγδοο τμήμα) της 18ης Δεκεμβρίου 2007, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελληνικής Δημοκρατίας C-481/06, Συλλογή 2007I-00193.

⁵¹ Βλ. ΔΕΚ Απόφαση του Δικαστηρίου της 10^{ης} Μαρτίου 1987, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, C-199/85, Συλλογή 1987 I 01039.

⁵² Βλ. ΔΕΕ, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro της 17ης Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-250/07, Επιτροπή κατά Ελληνική Δημοκρατία, σκέψη 12 και ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13-6-2012, σκ. 6, με παραπομπή στις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro.

των οδηγιών για τη δημοσιότητα και τον ανταγωνισμό, με εξαίρεση την περίπτωση που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 α της οδηγίας (άρθρο 32 παρ. 2 α' του ν. 4412/2016), δηλαδή εκείνη κατά την οποία απέτυχε ο προηγηθείς ανοικτός ή κλειστός διαγωνισμός και η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί σε διαπραγμάτευση όλους όσους είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές, ακολουθώντας τους κανόνες του ανταγωνισμού, χωρίς όμως να προβαίνει στη δημοσίευση νέας προκήρυξης.

Το βάρος της απόδειξης περί του ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών που επικαλείται.⁵³

Επίσης, όταν τυχόν η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει για δεύτερη φορά στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, τότε δεν αρκεί η αναφορά στους λόγους που την οδήγησαν να προσφύγει για πρώτη φορά στη διαδικασία, αλλά πρέπει να βεβαιώνεται αιτιολογημένα ότι οι ανωτέρω λόγοι (αρχικοί ή νέοι) συντρέχουν και για την εκ δευτέρου προσφυγή στη διαδικασία αυτή.⁵⁴

Μάλιστα στις συμβάσεις άνω των ορίων εφαρμογής της Οδηγίας, δυνάμει του άρθρου 341 παρ.1(ε) και (στ) του ν.4412/2016, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συντάσσουν γραπτή έκθεση η οποία περιλαμβάνει μεταξύ άλλων και τις οριζόμενες στο άρθρο 26 και 32 περιστάσεις που δικαιολογούν την προσφυγή στις ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, στον ανταγωνιστικό διάλογο και στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Βάσει του άρθρ. 369 παρ.5 του ν.4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την δυνατότητα, να δημοσιεύουν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (τυποποιημένο έντυπο 15 Παραρτήματος XII Καν. 2015/1986 της Επιτροπής της 11ης Νοεμβρίου 2015) γνωστοποίηση της πρόθεσής τους να προσφύγουν στη

⁵³ Βλ. ΔΕΚ, 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. 1-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. 1-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003,1-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. 1-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004,1-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005,1-4713, σκέψη 33.

⁵⁴ Βλ. ΣτΕ 1747/2011.

διαδικασία αυτή, περιλαμβάνοντας σχετική αιτιολόγηση της απόφασης να χρησιμοποιήσουν την διαδικασία του άρθρου 32 και στη συνέχεια να αναμείνουν για 10 ημέρες “a ten – day standstill”.

Έτσι δίνεται η δυνατότητα στους υποψηφίους οικονομικούς φορείς να αμφισβητήσουν δικαστικά την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική αυτή διαδικασία (άρθρο 345) . Αυτή η εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια προστατεύει την αναθέτουσα αρχή από την δυνατότητα κήρυξης άκυρης μιας σύμβασης όταν, παρόλο που δεν συνέτρεχαν οι περιστάσεις του άρθρου 32, σύναψε σύμβαση για την οποία όμως είχε τηρήσει την εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, οι διατάξεις της νέας γενικής οδηγίας προβλέπουν (άρθρο 26, 32) τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (“negotiated procedure without prior publication”) σε ορισμένες ειδικά καθορισμένες περιπτώσεις (βλ. άρθρο 26 παρ. 6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 26 παρ. 6 ν. 4412/2016).

Οι περιστάσεις που, αν συντρέχουν διαζευκτικά, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφύγουν στην διαδικασία με διαπραγμάτευση καθορίζονται στις παραγράφους 2 έως 6 του άρθρου 32. Δεν είναι ωστόσο κοινές για όλες τις συμβάσεις, αλλά ορισμένες (παρ. 2) τυγχάνουν εφαρμογής σε όλες, ανεξάρτητα αν πρόκειται για σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών, κάποιες μόνο σε συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών (παρ. 3), άλλες μόνο σε συμβάσεις προμηθειών (παρ. 4) ή μόνο σε συμβάσεις υπηρεσιών (παρ. 5), ενώ τέλος κάποιες μόνο σε συμβάσεις έργων και υπηρεσιών (παρ. 6).

Ειδικότερα:

Για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Η μη υποβολή προσφορών ή υποβολή ακατάλληλων προσφορών σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία. (άρθρο 32, παρ.2, περ.α), η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για τεχνικούς λόγους ή καλλιτεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων. (άρθρο 32, παρ.2, περ.β, υποπ. αα,ββ,γγ) και η προϋπόθεση του κατεπείγοντος. (άρθρο 32, παρ. 2, περ. γ)

Για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών. Η αγορά αγαθών ή υπηρεσιών, υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους είτε από προμηθευτή που παύει οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες είτε από τον εκκαθαριστή διαδικασίας

αφερεγγυότητας, δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας. (άρθρο 32, παρ.3)

Για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών. Όταν τα σχετικά προϊόντα κατασκευάζονται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, πειραματισμού, μελέτης ή ανάπτυξης. (άρθρο 32, παρ.4, περ.α), για συμπληρωματικές παραδόσεις αγαθών που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή. (άρθρο 32, παρ.4, περ. β) και για προμήθειες που είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων. (άρθρο 32, παρ.4, περ. γ)

Για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών. Όταν η σύμβαση έπεται διαγωνισμού μελετών και πρέπει να ανατεθεί στο νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού. (άρθρο 32, παρ.5)

Για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών. Για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρομοίων που ανατέθηκαν στον ίδιο ανάδοχο. (άρθρο 32, παρ.6)

4.1. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για όλα τα είδη των συμβάσεων

Οι αναθέτουσες αρχές έχουν την δυνατότητα να προσφύγουν στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, προκειμένου να συνάψουν δημόσια σύμβαση προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου μόνο σε περιπτώσεις μη υποβολής προσφορών ή υποβολής ακατάλληλων προσφορών σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία. (άρθρο 32, παρ.2, περ.α), ύπαρξης ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για τεχνικούς λόγους ή καλλιτεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων. (άρθρο 32, παρ.2, περ.β, υποπ. αα,ββ,γγ) ύπαρξης του κατεπείγοντος. (άρθρο 32, παρ. 2, περ. γ).

4.1.1. Μη υποβολή προσφορών ή υποβολή ακατάλληλων προσφορών σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ.2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 32 παρ.1 α΄ του ν.4412/2016), παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν τη διαδικασία, όταν πληρούνται σωρευτικά οι εξής τρεις προϋποθέσεις: α) έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού ανοικτού ή κλειστού, β) καμιά προσφορά ή αίτηση συμμετοχής δεν υποβλήθηκε ή καμιά από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν ήταν κατάλληλη, και γ) δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή

μετά από αίτημά της. Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη της περίπτωσης (α) της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007 (Άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK).

Ο νομοθέτης εκτίμησε ότι στην περίπτωση που ένας ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός κηρύσσεται άγονος,⁵⁵ διότι δεν εμφανίστηκε κανείς υποψήφιος ή στην περίπτωση κατά την οποία κατατέθηκαν ακατάλληλες προσφορές που αδυνατούσαν να ανταποκριθούν στις τεθείσες με τη διακήρυξη συμβατικές απαιτήσεις, δεν είναι σκόπιμο η αναθέτουσα αρχή να υποχρεώνεται στην επανάληψη των διατυπώσεων δημοσιότητας, αλλά πρέπει να έχει την ελευθερία να χρησιμοποιήσει κάθε μέθοδο που επιλέγει για την ανεύρεση του κατάλληλου αναδόχου της σύμβασης. Η διάταξη αυτή ουσιαστικά εξομοιώνει την περίπτωση της μη κατάλληλης προσφοράς/αίτησης συμμετοχής, με την περίπτωση της παντελούς απουσίας προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής.⁵⁶

Άλλωστε και οι δυο αυτές προϋποθέσεις, όπως προβλέπεται, μπορούν να αποτελέσουν λόγο απευθείας ανάθεσης. Είναι ισοδύναμες όχι μόνον όσον αφορά στις συνέπειες που απορρέουν από αυτές, αλλά και όσον αφορά στις δυσκολίες που συνεπάγονται για την αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι δεν καλύπτονται οι σχετικές με την εκτέλεση του υπό ανάθεση αντικείμενου ανάγκες.⁵⁷

Θεωρείται σκόπιμο, η εξαιρετική διαδικασία διαπραγμάτευσης να διενεργείται σε χρονική εγγύτητα προς τον χρόνο της ανοικτής διαδικασίας, η οποία απέβη άγονη, ώστε να διασφαλίζεται ότι τα πραγματικά γεγονότα που οδήγησαν στη διαδικασία αυτή και αποτυπώνουν την μη ύπαρξη ενδιαφέροντος από οικονομικούς φορείς για συμμετοχή στον διαγωνισμό, δεν έχουν μεταβληθεί. Διαφορετικά, είναι ενδεχόμενο να κριθεί, κατά περίπτωση, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία (Ράικος, 2019).

Ο προσδιορισμός της έννοιας «μη κατάλληλης» ή «ακατάλληλης» προσφοράς είναι εξαιρετικά κρίσιμος, καθώς από αυτόν εξαρτάται εάν έχει ή όχι εν τέλει την ευχέρεια μια αναθέτουσα αρχή να συνάψει μια δημόσια σύμβαση χωρίς δημοσιότητα.

⁵⁵ Βλ. άρθρο 106 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016

⁵⁶ Βλ. ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-250/07, Πράξη VI Τμ.Ε.Σ. 44/2007, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκ. 9.

⁵⁷ Βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 4ης Ιουνίου 2009, C-250/07, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2009, σκ. 19.

Θεωρείται «ακατάλληλη» η προσφορά που κατατέθηκε στην προηγούμενη της διαπραγματεύσεως ανοικτή ή κλειστή διαδικασία διαγωνισμού όταν το περιεχόμενό της δεν έχει καμία σχέση με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες και δεν μπορεί, συνεπώς, να ανταποκριθεί στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές καθορίστηκαν στα έγγραφα (τεχνικές προδιαγραφές) του διαγωνισμού.⁵⁸

Το Δικαστήριο της Ένωσης πάντως, είχε την ευκαιρία να προσεγγίσει ερμηνευτικά τον νομικό αυτό όρο. Πιο συγκεκριμένα, απορρίπτοντας την πρόταση της καθ' ου η προσφυγή για μια ευρεία ερμηνεία του όρου «ακατάλληλη» προσφορά, το δικαστήριο υιοθέτησε τη στενή ερμηνευτική προσέγγιση της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την οποία,

...μόνον η προσφορά η οποία προδήλως δεν καλύπτει τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής εμπίπτει στην κατηγορία των «ακατάλληλων» προσφορών· άλλες αποκλίσεις, ήσσονος σημασίας, δικαιολογούν ενδεχομένως την απόρριψη της προσφοράς, αλλά δεν την καθιστούν «ακατάλληλη», ούτως ώστε να παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να συνάψει τη σύμβαση χωρίς να ακολουθήσει τη συνήθη διαδικασία διαγωνισμού.⁵⁹

Συνεπώς ακατάλληλες είναι οι προσφορές το περιεχόμενο των οποίων εμφανίζει τέτοια δυσαρμονία και ασυμβατότητα σε σχέση με τις συμβατικές απαιτήσεις, ώστε η υποβολή τους να εξομοιώνεται με τη μη υποβολή προσφοράς.⁶⁰ Για παράδειγμα, προσφορές οι οποίες δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ή των κριτηρίων ανάθεσης, προσφορές που γίνονται με επιφυλάξεις ή που περιλαμβάνουν εσκεμμένα ή συστηματικά λάθη, με προϋποθέσεις ή με όρους αντιπροσφοράς, προσφορές των οποίων οι τιμές έχουν διαμορφωθεί αποδεδειγμένα με προσunenνόηση των διαγωνιζομένων και όχι ως αποτέλεσμα ουσιαστικού ανταγωνισμού ή ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, των οποίων το

⁵⁸ Βλ. Arrowsmith, S., *EU public procurement law: An introduction* και ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 9., επίσης υπό το προγενέστερο καθεστώς ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, με αναφορά σε περιπτώσιολογική νομολογία: «Έχει κριθεί ότι είναι ακατάλληλη προσφορά που υπερέβαινε κατά πολύ την προϋπολογισθείσα δαπάνη, που δεν ήταν σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές στο μέτρο που καθιστά αδύνατη την εκ μέρους της α.α. επίτευξη των σκοπών (ΔΕΚ 250/2007). Νομολογιακά έχει επίσης κριθεί ως μη κατάλληλη προσφορά η μη πλήρης, η μη σύμφωνη με όρους της διακήρυξης, η άσχετη με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, η προσφορά που εμφανίζει αδυναμία ανταπόκρισης στις ανάγκες της α.α. (π.χ. ασυμφωνία με τεχνικές προδιαγραφές), καθώς και αυτή που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό (ΕΣ Τμ. VI 94/2008).

⁵⁹ Βλ. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Maduro της 17ης Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-250/07, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψη 9.

⁶⁰ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 3558/2009, 44/2007.

χαμηλό επίπεδο τιμής ή κόστους, δεν εξηγείται κατά τρόπο ικανοποιητικό, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως τέτοιες (Ράικος, 2019).

Όπως ρητά ορίζεται στο άρθρο 32 παρ. 2 α' του ν. 4412/2016 ακατάλληλη είναι η προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ενώ, μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 του ν. 4412/2016. Παρατηρείται εδώ μία διαφοροποίηση του νομοθέτη ως προς την έννοια της ακαταλληλότητας ανάλογα αν πρόκειται για προσφορά ή για αίτηση συμμετοχής. Έτσι λοιπόν στην περίπτωση προσφορών που έχουν υποβληθεί μόνο από ακατάλληλους προσφέροντες, το γεγονός αυτό, υπό τις διατάξεις των άρθρων 32 και 26 παρ. 4 (α) θεωρείται ως λόγος απαραδέκτου των προσφορών και άρα θεμελιώνει την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, ενώ αντίθετα στην περίπτωση αιτήσεων συμμετοχής που έχουν υποβληθεί μόνο από ακατάλληλους υποψηφίους, αυτές θεωρούνται ακατάλληλες και άρα θεμελιώνουν λόγο προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Στην κατηγορία των ακατάλληλων προσφορών δεν εμπίπτουν σε καμία περίπτωση οι οικονομικά «μη συμφέρουσες» για την αναθέτουσα αρχή προσφορές, σύμφωνα με την νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο έχει επισημάνει ότι στην έννοια της μη κατάλληλης προσφοράς δεν εμπίπτει και η μη συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά,

...καθ' όσον, πρώτον, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής προς επανάληψη του διαγωνισμού, αλλά και η υποχρέωση αυτής προς επαναδημοπράτηση του έργου επιφυλάσσονται ρητώς ως συνέπειες του νόμου για την περίπτωση αυτή των μη ικανοποιητικών από οικονομικής απόψεως προσφορών και, δεύτερον, η μη κατάλληλη προσφορά πρέπει να κρίνεται βάσει ήδη τεθέντων αντικειμενικών κριτηρίων ανεξαρτήτων από την εκάστοτε βούληση της αναθέτουσας αρχής. Τέτοια κριτήρια είναι η μη κανονικότητα ή το απαράδεκτο της προσφοράς ή μία προσφορά με περιεχόμενο άσχετο προς τη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί. Εξ άλλου, αντίθετη άποψη θα οδηγούσε στην εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής δυνατότητα προσφυγής σε απροσδιόριστο αριθμό συνεχόμενων διαδικασιών με διαπραγμάτευση, μέχρι την επίτευξη της -κατά την κρίση αυτής- οικονομικότερης προσφοράς, κατά παράβαση των διατάξεων που επιτάσσουν τη διεξαγωγή

διαγωνισμού και μόνον την κατ' εξαίρεση προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, υπό τις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις.⁶¹

Επίσης δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, όταν στον διαγωνισμό που προηγήθηκε υποβλήθηκε τουλάχιστον μια προσφορά, η οποία απορρίφθηκε ως μη κανονική και συνεπώς δεν έχει κριθεί η καταλληλότητά της, δοθέντος ότι η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία προϋποθέτει ότι «καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη» προϋποθέσεις που δεν συντρέχουν στην προκείμενη περίπτωση.⁶²

Όπως γίνεται αντιληπτό, υπάρχει ο κίνδυνος, η «ακαταλληλότητα», να μετατραπεί σε ένα μέσο καταστρατήγησης εκ μέρους των αναθετουσών αρχών των υποχρεώσεων που απορρέουν από το πρωτογενές και παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, όπως είναι η υποχρέωση τήρησης της διαφάνειας μέσω της δημοσίευσης προκήρυξης. Οι αναθέτουσες αρχές ίσως ορίζουν προϋποθέσεις υπερβολικά αυστηρές ή προϋποθέσεις οι οποίες είναι αδύνατον να τηρηθούν, έτσι ώστε να έχουν τη δυνατότητα να χαρακτηρίζουν όλες τις υποβαλλόμενες προσφορές ως «ακατάλληλες» και να προχωρούν σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη προκήρυξης διαγωνισμού. Όπως ανέφερε χαρακτηριστικά στις προτάσεις του ο Γενικός Εισαγγελέας Maduro,

η παροχή στους αναθέτοντες φορείς της δυνατότητας να στηρίζονται σε ασήμαντες αποκλίσεις των υποβληθεισών προσφορών προκειμένου να τις απορρίψουν ως «ακατάλληλες» ισοδυναμεί, στην πράξη, με την αναγνώριση σε αυτούς απόλυτης διακριτικής ευχέρειας όσον αφορά την δημοσίευση ή μη προκήρυξης διαγωνισμού. Ο αναθέτων φορέας που επιθυμεί να επιδείξει «εύνοια» προς ορισμένους υποψηφίους, μπορεί εύκολα να εντοπίσει ένα στοιχείο σε σχέση με το οποίο η υποβληθείσα προσφορά δεν ανταποκρίνεται πλήρως στις προδιαγραφές του έργου, να απορρίψει την προσφορά ως «ακατάλληλη» και, εν συνεχεία, να προχωρήσει στη σύναψη της συμβάσεως χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Αυτό ισχύει ιδίως προκειμένου περί σημαντικών έργων τα οποία απαιτούν προηγμένη τεχνογνωσία και στα οποία η συγγραφή υποχρεώσεων είναι δικαιολογημένα περίπλοκη. Ακριβώς αυτόν τον κίνδυνο καλούνται να αποτρέψουν οι κοινοτικοί κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, είτε αυτοί προβλέπονται από τη Συνθήκη είτε από το παράγωγο δίκαιο.⁶³

Η προσφυγή της Αναθέτουσας αρχής στην εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 (α), είναι επιτρεπτή μόνο εφόσον δεν τροποποιούνται ουσιωδώς κατά την

⁶¹ Βλ. ΕΣ Τμ.ΙV Πράξη 44/07

⁶² Βλ.ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 10.

⁶³ Βλ. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Maduro της 17ης Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-250/07, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψη 13

διαδικασία της διαπραγμάτευσης οι όροι της αρχικής σύμβασης ήτοι όροι της αρχικής διαγωνιστικής διαδικασίας (αφού σε αυτούς αποτυπώνονται οι όροι της σύμβασης).

Ουσιώδης τροποποίηση όρων της αρχικής διακήρυξης υφίσταται, ειδικότερα, σε περίπτωση που εάν δημοσιεύονταν οι τροποποιημένοι όροι, θα μεταβαλλόταν ο κύκλος των υποψηφίων ή θα είχαν ως αποτέλεσμα τη συμμετοχή στη διαδικασία και άλλων υποψηφίων⁶⁴ από εκείνους που αρχικά έγιναν δεκτοί ή την αποδοχή προσφοράς άλλης από εκείνη που τελικώς επελέγη.⁶⁵

Οι όροι, συνεπώς, της αρχικής διακήρυξης, όπως τεχνικές προδιαγραφές τρόπος χρηματοδότησης της σύμβασης ή πληρωμής αναδόχου, προθεσμίες εκτέλεσης, προϋποθέσεις παραλαβής των παραδοτέων ή τεχνικές κατασκευής ενός έργου, υπέρβαση προεκτιμώμενης αξίας σύμβασης, απαιτείται να παραμένουν αμετάβλητοι, προκειμένου οι αναθέτουσες αρχές να προσφύγουν δευτερογενώς στην εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Η απαλοιφή ενός όρου, τον οποίο οι αρχικοί προσφέροντες υποψήφιοι δεν μπορούσαν να ικανοποιήσουν και εξ αυτού του λόγου οι προσφορές τους κρίθηκαν μη κατάλληλες μπορεί να συνιστά ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης. Έτσι κρίθηκε ως ουσιώδης τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού η απαλοιφή ενός δικαιολογητικού συμμετοχής (πιστοποιητικό διασφάλισης ISO), δεδομένου ότι ο όρος αυτός αποδείχτηκε ότι είχε επιδράσει καθοριστικά στον κύκλο των πιθανών αλλά και πράγματι εμφανισθέντων υποψηφίων και καταλυτικά στο αποτέλεσμα των διαγωνισμών που προηγήθηκαν και απέτυχαν, οριοθετώντας με τον τρόπο αυτό το σύνολο των ενδιαφερομένων υποψηφίων.⁶⁶

⁶⁴ Βλ. ΕΣ Απόφαση 29/2012 Τμήμα VI και ΔΕΚ υπόθεση C-337/05 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 08.04.2008 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 02.10.2008 και αποφ. VI Τμ. 2845/2010, πρ. VI Τμ. 4/2009.

⁶⁵ Βλ. Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) Εγκύκλιος υπ. αριθμ. 1/2013, με παραπομπή σε ΔΕΚ υπόθεση C-454/2006, ΕΣ Κλ. Ζ 289/2008, όπου επισημαίνεται ότι ουσιώδης τροποποίηση είναι εκείνη που ενδέχεται να πλήξει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας, όπως λ.χ. στην περίπτωση που αν δημοσιεύονταν οι τροποποιημένοι όροι θα μεταβαλλόταν ο κύκλος των υποψηφίων, θα είχαν ως αποτέλεσμα τη συμμετοχή στη διαδικασία και άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που αρχικά έγιναν δεκτοί ή την επιλογή προσφοράς διαφορετικής από αυτή που τελικώς επελέγη.

⁶⁶ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 526/2012.

Αξίζει να σημειωθεί, τέλος, ότι η προσφυγή στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού δεν είναι έγκυρη αν προηγήθηκε αυτής μη νόμιμη διαγωνιστική διαδικασία η οποία δημιούργησε τις προϋποθέσεις να αποβεί ο διαγωνισμός άγονος.⁶⁷ Δηλαδή η νομική «ασθένεια» της προηγηθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, μεταδίδεται αντανακλαστικά και στην επακόλουθη αυτή διαδικασία.

Πάντως, ακόμα και αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προχωρήσει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη, αυτή μπορεί να ακολουθήσει σε κάθε περίπτωση τους κανόνες δημοσιότητας των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η ενωσιακή νομοθεσία. Τούτο, μάλιστα, αποτελεί ένδειξη περί του ότι δεν υπήρχε πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να μη συμμορφωθεί με την οικεία ενωσιακή νομοθεσία.⁶⁸

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την παρ. 2 του άρθρ. 116 του ν. 4412/2016, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 και μόνο για τις συμβάσεις άνω των ορίων, εκδίδεται μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με εξαίρεση (παρ. 3 άρθρ. 28 ν. 4314/2014) αναθέσεις συγχρηματοδοτού- μενων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, παροχής υπηρεσιών και εκτέλεσης έργων, που υπόκεινται στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπως προβλέπεται κάθε φορά. Επιπλέον έχει κριθεί ότι η άσκηση της εν λόγω γνωμοδοτικής αρμοδιότητας της ΕΑΑΔΗΣΥ, οφείλει να σέβεται τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τον έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, η οποία ασκείται στο πλαίσιο των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων του, με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο και ότι η διατύπωση γνώμης από την Αρχή αυτή, δεν μπορεί να οδηγεί στην ματαίωση του ελεγκτικού έργου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, κρίνει, με αιτιολογημένη απόφασή της, ότι ο φάκελος μαζί με το σχέδιο της σύμβασης πρέπει να υποβληθεί στο Ελεγκτικό Συνέδριο (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018)

⁶⁷ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 3132/2010, 466, 1249/2011, 29, 408, 600/2012, 935/2013, Κλιμ. Ζ' 215/2012, ΕΑΑΔΗΣΥ αποφάσεις 59/2014, 65, 254/2015

⁶⁸ Βλ. Arrowsmith, S., *EU Public procurement law: An introduction*, σ. 209.

4.1.2 Η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για καλλιτεχνικούς, τεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων. Σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ.2 β΄ του Ν.4412/2016 (άρθρο 32 παρ.2 β΄ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να κάνουν χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, «εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα (“a particular economic operator”) για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους: αα) στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης, ββ) απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους (“technical reasons”), γγ) προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας (“reasons connected with the protection of exclusive rights”).⁶⁹

Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη της περίπτωσης (β) της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του ΠΔ/τος 60/2007 (άρθρ. 31 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Η διάταξη δεν έχει αλλάξει ουσιωδώς υπό το νέο καθεστώς.

Ο νομοθέτης εκτίμησε ότι στις περιπτώσεις αυτές είναι σαφές ότι η δημοσίευση προκήρυξης δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την σύμβαση, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση.

Σύμφωνα με την περίπτωση (αα) λόγος παράκαμψης των τακτικών διαδικασιών ανάθεσης και προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, είναι η σύναψη σύμβασης για την απόκτηση ή τη δημιουργία ενός έργου τέχνης ή μιας καλλιτεχνικής εκδήλωσης. Σε αυτήν την περίπτωση η ταυτότητα του καλλιτέχνη πρέπει να συνδέεται άρρηκτα με το μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης.⁷⁰ Μία τέτοια ανάγκη μπορεί να παρουσιάζεται για παράδειγμα, στην περίπτωση ενός (κρατικού) μουσείου που επιθυμεί να εμπλουτίσει την συλλογή του. Σχετικά με την εξαίρεση αυτή πρέπει να επισημανθεί ότι η επιλογή του νομοθέτη να μην απαιτήσει -κάτι που πράττει για τις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ'- για την εφαρμογή της διάταξης αυτής την ανυπαρξία εύλογης εναλλακτικής λύσης ή υποκατάστατου και η απουσία ανταγωνισμού να μην

⁶⁹ Βλ.. ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Πράξη ΕΣ 77/2008 Τμήμα VI.

⁷⁰ Βλ. σκέψη 50 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης, καταδεικνύει πράγματι την δυσχέρεια αν όχι την αδυναμία εφαρμογής εναλλακτικών ή υποκατάστατων σε πολλές περιπτώσεις έργων τέχνης.

Ως έργο, σύμφωνα με το άρθρο 2 του Ν.2121/1993, νοείται

..κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης που εκφράζεται με ορισμένη μορφή, ιδίως τα έργα του λόγου, γραπτά ή προφορικά, οι μουσικές συνθέσεις με κείμενα ή χωρίς, τα θεατρικά έργα με μουσική ή χωρίς, οι χορογραφίες και οι παντομίμες, τα οπτικοακουστικά έργα, τα έργα των εικαστικών τεχνών, στα οποία περιλαμβάνονται τα σχέδια, τα έργα ζωγραφικής και γλυπτικής, τα χαρακτηριστικά έργα και οι λιθογραφίες, τα αρχιτεκτονικά έργα, τα φωτογραφικά έργα, τα έργα των εφαρμοσμένων τεχνών, οι εικονογραφήσεις, οι χάρτες, τα τρισδιάστατα έργα που αναφέρονται στη γεωγραφία, την τυπογραφία, την αρχιτεκτονική ή την επιστήμη.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το έργο, ως πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή προσιτή στις αισθήσεις, προστατεύεται, εφόσον είναι πρωτότυπο. Η «πρωτοτυπία», η έννοια της οποίας δεν προσδιορίζεται γενικά από το νόμο, είναι κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη, συνοψίζονται στο ότι, κάτω από παρόμοιες συνθήκες και με τους ίδιους στόχους, κανένας άλλος δημιουργός, κατά λογική πιθανολόγηση, δεν θα ήταν σε θέση να δημιουργήσει έργο όμοιο ή ότι παρουσιάζει μια ατομική ιδιομορφία ή ένα ελάχιστο όριο «δημιουργικού ύψους», κάποια απόσταση δηλαδή από τα ήδη γνωστά ή αυτονόητα.⁷¹

Ως τεχνικοί λόγοι, της περίπτωσης (ββ), προκειμένου να συναφθεί η σύμβαση μόνο με συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, νοούνται η ύπαρξη μόνο μιας επιχείρησης που έχει την τεχνογνωσία για την κατασκευή ενός έργου, ή παράγει ένα προϊόν, ή όταν μόνο μια επιχείρηση υπάρχει που ικανοποιεί τα απαιτούμενα κριτήρια ανάθεσης, με αποτέλεσμα να υπάρχει απουσία ανταγωνισμού. Δηλαδή, η σύμβαση ανατίθεται σε εκείνον τον οικονομικό φορέα που σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση έχει την απαιτούμενη τεχνογνωσία. Ο ισχυρισμός και μόνο από την αναθέτουσα αρχή ότι το έργο έχει περίπλοκο και δυσχερή χαρακτήρα δεν αρκεί για την απόδειξη ότι πρέπει να ανατεθεί σε έναν μόνο ανάδοχο.

Το πρόσωπο αυτό τρόπον τινά έχει οιονεί ένα αποκλειστικό δικαίωμα, ή δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, ακόμα και αν δεν το έχει κατοχυρώσει.⁷²

⁷¹ Βλ. ΑΠ 152/2005

⁷² Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013 με παραπομπή σε ΔΕΚ-385/2002., ΔΕΕ Απόφαση του Δικαστηρίου (τέταρτο τμήμα) της 15ης Οκτωβρίου 2009, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδίας Δημοκρατίας της Γερμανίας C-275/08, Συλλογή 2009 I-00168.

Η έννοια των τεχνικών λόγων, θα μπορούσε να περιλαμβάνει επίσης, την τεχνική αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να επιτύχουν τις απαιτούμενες επιδόσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, εργαλείων ή μέσων, γνώσεων ή μεθόδων για την κατασκευή ενός έργου, ή για να παραχθεί ένα προϊόν, ή όταν μόνο μια επιχείρηση υπάρχει που ικανοποιεί τα απαιτούμενα κριτήρια ανάθεσης. Οι τεχνικοί λόγοι μπορεί να προέρχονται επίσης από ειδικές απαιτήσεις διαλειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.⁷³

Το Δικαστήριο επίσης έχει αναγνωρίσει, ότι δεν αποκλείεται κάποιος τεχνικός λόγος σχετικός με την προστασία του περιβάλλοντος να μπορεί να ληφθεί υπόψη προς εκτίμηση του αν η οικεία σύμβαση μπορεί να συναφθεί μόνο με συγκεκριμένη επιχείρηση, υπογραμμίζοντας ωστόσο ότι η ακολουθούμενη λόγω της ύπαρξης ενός τέτοιου τεχνικού λόγου διαδικασία πρέπει να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου και, ιδίως την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων.⁷⁴

Περαιτέρω, στην διάταξη που αναλύεται, ορίζει ότι οι εξαιρέσεις που αναφέρονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων. Σημειωτέον ότι, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η πρόσκληση για υποβολή προσφοράς σε περισσότερες της μιας επιχειρήσεις ή και η προγενέστερη διενέργεια διαγωνισμού για το ίδιο αντικείμενο, αποτελούν ενδείξεις υπέρ της μη ύπαρξης αποκλειστικότητας.⁷⁵ Ακόμη η χωρική γειννίαση του αναδόχου δεν αναγνωρίζεται ως τεχνικός λόγος που τον καθιστά μοναδικό.⁷⁶

Σύμφωνα με τη πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι αναθέτουσες αρχές πριν προβούν, ύστερα από διαπραγματεύσεις, σε απευθείας ανάθεση συγκεκριμένης σύμβασης σε ορισμένο οικονομικό φορέα, για λόγους τεχνικούς ή προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, θα πρέπει να έχουν σταθμίσει όλες τις οικονομικοτεχνικές παραμέτρους που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή σε

⁷³ Βλ. αιτιολογική σκέψη (50) Οδηγία 5 2014/24/ΕΕ.

⁷⁴ Βλ. ΔΕΚ C-20 και 28/01 σκ. 61-62 και κατ' αναλογία Απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, πρώην Stagecoach Finland Oy Ab κατά Helsingin kaupunki και HKL- Bussiliikenne, C-513/99, Συλλογή 2002 I-07213, σκ. 63.

⁷⁵ Βλ. ΔΕΚ C-394/02 σκ. 38.

⁷⁶ Βλ. ΔΕΚ προαναφερθείσες C-20 και 28/01 σκ. 66.

αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία.⁷⁷ Ως εκ της φύσης μάλιστα της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής για την προσφυγή στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, επιβάλλεται να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου οι ειδικότεροι εκείνοι λόγοι που τη δικαιολογούν. Με άλλα λόγια, η προσφυγή πρέπει να έπεται μίας πραγματικής έρευνας της αγοράς.⁷⁸

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποδείξει ότι τεχνικοί λόγοι καθιστούν απολύτως αναγκαία τη σύναψη της σύμβασης με έναν οικονομικό φορέα στον οποίο έχει ανατεθεί η εκτέλεση των σε εξέλιξη έργων «εν ανάγκη με μια πραγματογνωμοσύνη ενός ανεξάρτητου εμπειρογνώμονα» και ότι οι απορρέουσες από αυτές τις τεχνικές αλληλεξαρτήσεις, δυσχέρειες δεν θα μπορούσαν να υπερνικηθούν εάν τα επίδικα έργα είχαν ανατεθεί σε επιχείρηση άλλη από εκείνη, στην οποία είχαν ανατεθεί ήδη τα εν εξέλιξη έργα, οπότε η εκτέλεσή τους δεν θα μπορούσε να ανατεθεί παρά μόνο σε αυτή την τελευταία.⁷⁹

Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση παροχής υπηρεσιών είναι μη νόμιμη.⁸⁰

Την θεωρία έχει απασχολήσει και η ειδικότερη σχέση της συναφούς διάταξης της προγενέστερης οδηγίας 2004/18 με τις οικείες διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας που διέπουν τη διατύπωση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των προδιαγραφών της σύμβασης.

Το ερώτημα που δημιουργήθηκε έγκειτο στο αν επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη εκ μόνου του λόγου ότι υφίσταται ένας και μόνο υποψήφιος που μπορεί να ανταποκριθεί στις προδιαγραφές, τις οποίες σύννομα είχε διατυπώσει η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του ότι σε κάθε περίπτωση τελευταία είναι υποχρεωμένη να αποδέχεται κάθε έργο, υπηρεσία ή προϊόν, που είναι ισοδύναμα με τα ζητούμενα εκ μέρους της. Σύμφωνα με την καταφατική άποψη που είχε υποστηριχθεί, επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη, αφού συνιστά τεχνικό λόγο υπό την ανωτέρω έννοια, η ύπαρξη ενός και μόνο φορέα, τα προϊόντα του οποίου ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές

⁷⁷ Βλ. ΕΣ Πράξεις 186,187,188,189,190,191/2006, 263/2007, 77/2008, Τμ. VI 61/2004 και ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, με παραπομπή σε ΕΣ Τμ. VI 3334/2009.

⁷⁸ Βλ. ΔΕΚ απόφαση C-275/08 σκ. 61 και 63.

⁷⁹ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, σ. 1-1249, σκ. 23-27.

⁸⁰ Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕΣ 12, 58,125/2005, 73/2004, IV Τμ ΕΣ 34/2001.

της σύμβασης, όπως λ.χ. όταν λόγω της τεχνικής ιδιομορφίας του υπό κατασκευή έργου, είναι δυνατή η ανάθεση της σύμβασης μόνο σε συγκεκριμένη επιχείρηση.⁸¹

Η οδηγία 2014/24/ΕΕ και ο εθνικός νομοθέτης έλαβαν ρητή θέση υπέρ της αντίθετης εκδοχής⁸² - ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να προσφύγει στις ανοικτές ή κλειστές διαγωνιστικές διαδικασίες σε κάθε περίπτωση που υπάρχουν εναλλακτικά προϊόντα ή υπηρεσίες ή υποκατάστατα αυτών, ορίζοντας ότι οι εξαιρέσεις αυτές (των περιπτώσεων ββ' και γγ') εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης (άρθρο 32 παρ. 2 στοιχ. α' περ. ββ' εδ. β' του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ. 2 β' iii εδ. β' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).⁸³

Με τον τρόπο αυτό επιβάλλεται στις αναθέτουσες αρχές, σε περίπτωση που αποφασίζουν να καταφύγουν στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, να αναζητούν και να αποδεικνύουν την μη ύπαρξη εναλλακτικών μέσων υλοποίησης των σχεδίων τους. Η όλως αυστηρή διατύπωση της διάταξης δεν φαίνεται να αφήνει περιθώρια στις αναθέτουσες αρχές για επίκληση της εν λόγω εξαιρετικής διαδικασίας σε περιπτώσεις για τις οποίες υπάρχει καταρχήν αμφιβολία ως προς την ύπαρξη ή μη κατάστασης αντικειμενικής αποκλειστικότητας του αναδόχου. Εν αμφιβολία, άρα, επιβάλλεται στις δημόσιες αρχές να ακολουθούν τις συνήθεις μορφές διαδικασιών.

Ως λόγοι που σχετίζονται με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας θεωρούνται και εκείνοι που άπτονται δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας όπως περιγράφονται στο άρθρο 32 παρ. 2 β' περ. γγ.⁸⁴ Δικαιωμάτων, δηλαδή, που δεν αποτελούν απλώς ιδέα, αλλά δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή προσιτή στις αισθήσεις και παρουσιάζει πρωτοτυπία, με την έννοια ότι κανένας άλλος δημιουργός, κατά λογική πιθανολόγηση, δεν θα ήταν σε θέση να δημιουργήσει έργο όμοιο ή ότι παρουσιάζει μια ατομική ιδιομορφία, που κρίνεται με το μέτρο της στατιστικής μοναδικότητας, ή

⁸¹ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 14-9-2004 C-394/2002.

⁸² Βλ. Ράικος, Δ. *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*.

⁸³ Βλ. σκέψη 74 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό».

⁸⁴ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 16.10.2003, C-252/01, Επιτροπή κατά Βελγίου, Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII.

ένα ελάχιστο όριο «δημιουργικού ύφους», κάποια απόσταση δηλαδή από τα ήδη γνωστά και τα αυτονόητα.⁸⁵

Στα δικαιώματα αυτά εντάσσονται τα δικαιώματα πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας όπως σήματα και δικαιώματα ευρεσιτεχνίας. Στην πραγματικότητα πρόκειται για ενός είδους «εν τοις πράγμασι μονοπώλιου».⁸⁶

Η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, ως προϋπόθεση προσφυγής στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, έχει την έννοια ότι ο ανάδοχος που επιλέχθηκε είναι ο μοναδικός που διαθέτει την ικανότητα εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του πρωτότυπου δημιουργήματος του, όπως είναι για παράδειγμα το λογισμικό του ηλεκτρονικού υπολογιστή, εφόσον αυτό είναι πρωτότυπο, προσωπικό δηλαδή δημιούργημα του κατασκευαστή του,⁸⁷ το οποίο αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, χωρίς να αρκεί για την εφαρμογή της ως άνω ρύθμισης ότι το εν λόγω δημιούργημα προστατεύεται απλώς από τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας, αλλά πρέπει επιπλέον η παροχή των υπηρεσιών να είναι δυνατή μόνο από το συγκεκριμένο ανάδοχο, εφόσον αυτές (υπηρεσίες) δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά.⁸⁸ Έτσι, παλαιότερα είχε κριθεί ότι για τις κατηγορίες αντικειμένων, για τα οποία τα ΕΛΤΑ διατηρούν αποκλειστικό δικαίωμα διακίνησης, επιτρέπεται καταρχήν η απευθείας ανάθεση σε αυτά και χωρίς την προηγούμενη διενέργεια διαγωνισμού, ενώ για τα αντικείμενα, που δεν εμπίπτουν σε μια από τις ανωτέρω κατηγορίες η απευθείας ανάθεση ταχυδρομικών υπηρεσιών δεν έχει νόμιμο έρεισμα, δύναται δε να θεωρηθεί νόμιμη μόνο εφόσον αποδειχθεί ότι τα ΕΛΤΑ είναι το μοναδικό νομικό πρόσωπο που μπορεί να διασφαλίσει τη διακίνησή τους σε επίπεδο καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας.⁸⁹

Αν αποκλειστικά δικαιώματα για το προϊόν/υπηρεσία/έργο ανήκουν σε περισσότερους από έναν οικονομικούς φορείς δεν μπορεί επίσης να δικαιολογηθεί προσφυγή στη διαδικασία αυτή. Συνεπώς, δεν αρκεί τα είδη/ υπηρεσίες/έργα να είναι μοναδικά/προστατευμένα από αποκλειστικά δικαιώματα, αλλά απαιτείται μόνο ένας

⁸⁵ Βλ. ΑΠ 152/2005, ΕφΑΘ 80/2008

⁸⁶ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 16.10.2003, C-252/01, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 2003 I-11859 και Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII.

⁸⁷ Βλ. Πράξη ΕΣ 100/2008 Τμήμα VI

⁸⁸ Βλ. Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII και ΔΕΚ απόφαση της 3.5.1994, C-328/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας.

⁸⁹ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 232,191/2007 και Τμ. IV 121/2012

προμηθευτής ή/και κατασκευαστής να τα παρασκευάζει/παραδίδει, χωρίς να υπάρχουν ανταγωνιστικοί προμηθευτές ή/και κατασκευαστές των ίδιων προϊόντων. Κρίθηκε για παράδειγμα από το δικαστήριο ότι τα υπό ανάθεση φαρμακευτικά προϊόντα και ιδιοσκευάσματα δεν αρκεί να προστατεύονται από δικαιώματα αποκλειστικότητας, αλλά πρέπει επιπλέον η παρασκευή ή η παράδοσή τους να είναι δυνατή μόνον από ορισμένο προμηθευτή και άρα η εξαίρεση της διάταξης αυτής δεν μπορεί να δικαιολογηθεί γενικά και άνευ διακρίσεων σε όλες τις προμήθειες όλων των φαρμακευτικών προϊόντων και ιδιοσκευασμάτων, αλλά μόνο αυτών που δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά. Το Δικαστήριο στην υπόθεση αυτή τόνισε ότι ναι μεν η ελευθερία έκδοσης ιατρικών συνταγών μπορεί να οδηγήσει στην ανάγκη για ένα ορισμένο φαρμακευτικό ιδιοσκεύασμα, ωστόσο το γεγονός αυτό δεν μπορεί να δικαιολογήσει εκ των προτέρων την συστηματική προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για όλες τις προμήθειες φαρμακευτικών προϊόντων και ιδιοσκευασμάτων στα νοσοκομεία.

4.1.3. Το Κατεπείγον. Σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 γ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρο 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016) προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο ("strictly necessary"), εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Σωρευτικά απαιτείται οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης να μην απορρέουν σε καμία περίπτωση από δική τους ευθύνη.⁹⁰

Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007 (άρθρ. 31 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Η διάταξη παραμένει επί της ουσίας ίδια και στο καθεστώς του ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με τη διάταξη, η επίκλησή της στηρίζεται σε τρεις πολύ αυστηρές προϋποθέσεις, οι οποίες θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς και οι οποίες

⁹⁰ Βλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009.

απαιτείται, εξαιτίας της εξαιρετικής φύσης της διάταξης, να ερμηνεύονται στενώς, καθώς μόνο με τον τρόπο αυτόν είναι δυνατό να αποφευχθεί τυχόν καταστρατήγηση της. Ειδικότερα, η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης εξαρτάται από: α) την ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, β) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες και, γ) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει. Επομένως, αν δεν πληρούται μία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν δικαιολογείται.⁹¹

Η νομολογία έχει θέσει την προϋπόθεση του απρόβλεπτου γεγονότος ως έννοια που αναφέρεται όχι στο αν πραγματικά προέβλεψε ή όχι η αναθέτουσα αρχή ένα γεγονός αλλά στο αν όφειλε, αντικειμενικά, με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να το προβλέψει.⁹² Δηλαδή, ως απρόβλεπτα γεγονότα θεωρούνται αυτά που υπερβαίνουν κατά πολύ τα συνήθως συμβαίνοντα στον οικονομικό και κοινωνικό βίο, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κ.λπ.) οι οποίες καθιστούν κατεπείγοντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες.⁹³

Η νομολογία, τόσο η ενωσιακή όσο και η εθνική, εναρμονιζόμενη απολύτως με το γράμμα και το πνεύμα του νομοθέτη, έχει προσεγγίσει ερμηνευτικά την έννοια του «απρόβλεπτου» τόσο συσταλτικά, ώστε ελάχιστα γεγονότα να μπορούν πρακτικά να υπαχθούν στην έννοια του «απρόβλεπτου» γεγονότος.

Η απρόβλεπτη περίπτωση και ασυνήθιστο γεγονός απαιτείται, όπως αναφέρεται παραπάνω, να μην οφείλονται σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής. Για το λόγο αυτό, το δικαστήριο έχει κάνει δεκτό ότι περιστάσεις όπως, η επικείμενη λήξη της ισχύος προγενέστερης σύμβασης⁹⁴ ή η αιφνίδια λήξη αυτής με υπαιτιότητα

⁹¹ Βλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1993, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, σκέψη 40.

⁹² Έτσι, οι εν γένει διαμαρτυρίες κατοίκων και τοπικών αρχών για την εκτέλεση έργου δεν αποτελούν απρόβλεπτες κατά την έννοια του νόμου περιστάσεις ούτε δεσμεύουν την αναθέτουσα αρχή βλ. ΕΣ μεις.συνθ. 3249/2013, ΕΣ Τμημ. VI 2270/2013, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 549/2013, Συνεδρίαση της 17-12-2013, σκέψη 10.

⁹³ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13-6-2012, σκέψη 10, με παραπομπή σε Κουτούπα – Ρεγκάκου, Ευ. (1995). *Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο*. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας. Πρβλ. πράξεις ΕΣ 91,105,171,191, 200,205 και 214/2007,15 και 74/2008.

⁹⁴ ΕΣ Τμ. VI Πράξη 200/2007, ΔΕφΑθ (Ασφ) 247/2013

του αναδόχου⁹⁵ ή πολύ περισσότερο της αναθέτουσας αρχής⁹⁶, η ματαίωση για διάφορους λόγους προκηρυχθέντος ομοειδούς ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού ή η καθυστέρηση ολοκλήρωσης της εν εξελίξει διαγωνιστικής διαδικασίας⁹⁷, δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία δεν ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής.⁹⁸

Έτσι, δεν επιτρέπεται η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για τον λόγο ότι ο διεθνής ανοιχτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται τα υπό προμήθεια είδη δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι το γεγονός αυτό δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών προμηθειών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Ειδικότερα, η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών, δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση η οποία να συνδέεται με την κατεπείγουσα ανάγκη απευθείας ανάθεσης της σχετικής προμήθειας.⁹⁹

Συνεπώς, δεν δύναται να θεωρηθούν ως απρόβλεπτα γεγονότα, οι διαφορές που αναφέρονται κατά τη διαγωνιστική διαδικασία που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες επιλύονται με την τήρηση της εκ του νόμου προβλεπόμενης ενδικοφανούς και ένδικης, προσωρινής ή οριστικής, διαδικασίας, στα πλαίσια της προάσπισης των σχετικών συμφερόντων των διαγωνιζομένων. Όπως παγίως δέχεται η εθνική νομολογία, *«η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών, εξαιτίας της υποβολής προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ μέρους των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, δε συνιστά απρόβλεπτη περίσταση καθιστάμενης ούτως, επείγουσας της*

⁹⁵ ΣτΕ 1747/2011.

⁹⁶ ΕΣ Κλιμ. Ε΄ Πράξη 405/2010.

⁹⁷ ΕΣ Τμ. VI 2050/2010, Κλιμ. Ζ΄ Πράξη 154/2010.

⁹⁸ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Αποφάσεις 1, 25, 30, 49, 73, 93/2014, 208/2013.

⁹⁹ Βλ. ΔΕΚ C-394/02 σκ. 44, C-275/08 σκ. 72 και Υπόθεση 194/88R La Spezia. Βέβαια, το Δικαστήριο στην σκέψη 32 της C-250/2007 ενώ έκρινε ότι η ματαίωση του διαγωνισμού δε συνιστά απρόβλεπτο γεγονός για την αναθέτουσα αρχή, εντούτοις αναγνώρισε ότι υπό ορισμένες περιστάσεις, όπως εν προκειμένω το γεγονός ότι στο πλαίσιο δύο διαγωνιστικών διαδοχικών διαγωνισμών, όλες οι υποβληθείσες προσφορές ήταν ακατάλληλες πρέπει να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στην έννοια «απρόβλεπτο γεγονός».

*ανάγκης προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού».*¹⁰⁰

Επίσης, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η εκ μέρους της αρχής που πρέπει να εγκρίνει ένα συγκεκριμένο σχέδιο, ενδεχόμενη άρνηση έγκρισης ή η ενδεχόμενη επιβολή προθεσμιών, αποτελεί προβλέσιμο στοιχείο της διαδικασίας έγκρισης του εν λόγω σχεδίου και ως εκ τούτου η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή ανάγκη εκτέλεσης του έργου εντός των προθεσμιών που έταξε η αρμόδια για την εκτίμηση των περιβαλλοντικών επιπτώσεων του σχεδίου αρχή ή ακόμα και η άρνηση έγκρισης από την αρμόδια αρχή (που κατέστησε αναγκαία την αλλαγή του σχεδίου) δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε ως κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός ούτε ως κατεπείγουσα ανάγκη για την οποία δεν φέρει καμία ευθύνη η αναθέτουσα αρχή.¹⁰¹

Ακόμη, η διάλυση της σύμβασης με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου, επειδή: α) δεν είχαν συντελεσθεί οι απαλλοτριώσεις και δεν είχαν απελευθερωθεί οι απαιτούμενες για την κατασκευή του έργου εκτάσεις, και β) δεν ήταν δυνατή η εκτέλεση τεχνικών έργων λόγω της καθυστέρησης σύνταξης και έγκρισης των οριστικών μελετών των μεγάλων τεχνικών έργων, δεν συνιστά απρόβλεπτο γεγονός, που (κατά την έννοια της διάταξης του προϊσχύσαντος άρθρου 25 παρ. 1 (γ) του ΠΔ 60/2007) θα μπορούσε να δικαιολογήσει την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αφού τα γεγονότα που οδήγησαν στη διάλυση της σύμβασης ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής.¹⁰² Όμως, ούτε γεγονότα όπως η προσεχής λήξη ισχύος των συμβάσεων των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ούτε η ανάγκη παροχής των σχετικών υπηρεσιών για την εύρυθμη λειτουργία του φορέα μπορούν να χαρακτηριστούν απρόβλεπτες περιστάσεις.¹⁰³

Ακόμη, το Συμβούλιο της Επικράτειας λαμβάνοντας υπόψη ότι το φαινόμενο των θερινών πυρκαγιών στα δάση λόγω των υψηλών θερμοκρασιών και των λοιπών δυσμενών μετεωρολογικών συνθηκών συνιστά, με βάση τα εμπειρικά δεδομένα, σύνηθες και επαναλαμβανόμενο κατ' έτος φαινόμενο, έκανε δεκτό ότι, δεν δύναται

¹⁰⁰ Βλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ Τμ. VI 93/2011, 91, 105/2007, 58/2005, 91/2007, 19/2009, Κλιμ. Ζ' Πράξη 264/2010, Κλιμ. ΣΤ' Πράξη 205/2007.

¹⁰¹ ΔΕΚ C-394/02 σκ. 42-43.

¹⁰² ΕΣ Ε Κλιμ./405/2010.

¹⁰³ Βλ. ΕΣ Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλ. Ζ 264/2010, Κλ. ΣΤ 205/2007, Τμ. VI 58/2005, 91/2007, 19/2009.

να θεωρηθεί ότι συνιστούν απρόβλεπτες καταστάσεις, γενεσιουργούς λόγων κατεπείγουσας ανάγκης για την άμεση προμήθεια πυροσβεστικών οχημάτων, η οποία δεν συμβιβάζεται επ' ουδενί με την τήρηση των τασσόμενων διατυπώσεων και προθεσμιών των συντετμημένων διαδικασιών ανάθεση.¹⁰⁴ Παρομοίως, έκρινε ότι, το πρόβλημα της λειψυδρίας της νήσου Χίου λόγω της ανιχνεύσεως βαρέων μετάλλων σε γεωτρήσεις της περιοχής, δεν μπορούσε να χαρακτηριστεί απρόβλεπτο για το δήμο, καθώς αυτό ήταν εν γνώσει του πολύ πριν την εκκίνηση της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης αφενός, αφετέρου, δεν προέκυπτε ότι λόγω των αυξημένων αναγκών σε πόσιμο ύδωρ για την επερχόμενη θερινή περίοδο, υπήρχε αδυναμία τηρήσεως έστω και των συντετμημένων προθεσμιών δημοσίευσης σχετικής προκήρυξης.¹⁰⁵

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να καταφεύγουν στον ευέλικτο αυτό μηχανισμό σύναψης συμβάσεων μόνον στο μέτρο που αυτό είναι απολύτως αναγκαίο ή απαραίτητο. Τούτο σημαίνει ότι, συντρεχουσών των λοιπών όρων, νομιμοποιείται η προσφυγή στη εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση μόνον για τις ποσότητες εκείνες και για το χρονικό διάστημα εκείνο, που είναι πράγματι αναγκαία για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης και απρόβλεπτης περιστασης (Κουτουπά – Ρεγκάκου, 1995), ενώ, περαιτέρω προϋπόθεση απορρέουσα από την τελολογία της διάταξης αποτελεί ότι, η εφαρμογή της διαδικασίας θα πρέπει να γίνεται σε χρονική εγγύτητα προς τον χρόνο εκδήλωσης των σχετικών εξωγενών και ασυνήθιστων γεγονότων (Ράικος, 2019). Αυτά αποτελούν ένδειξη ειλικρίνειας των αναθετουσών αρχών, και όχι απόπειρας παράκαμψης και καταστρατήγησης των διατάξεων των οδηγιών. Για τον λόγο αυτό, το Δικαστήριο της Ένωσης δέχθηκε ότι *«δεν συνέτρεχε το στοιχείο του κατεπείγοντος στην κατασκευή προστατευτικού φράγματος κατά των χιονοστιβάδων στην τοποθεσία Colle Isarco-Brennero, καθότι μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή»*.¹⁰⁶

Ως προς την δεύτερη προϋπόθεση, την ύπαρξη μίας κατεπείγουσας ανάγκης η οποία καθιστά αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών των άλλων διαδικασιών,

¹⁰⁴ ΣτΕ 4169/96· βλ. συναφώς ΕΣ Τμ. VI 97/2010, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 257/2015.

¹⁰⁵ ΣτΕ 1592/2004.

¹⁰⁶ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 2ας Αυγούστου 1993, υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, σκέψη 9· σχετική και ΕΣ Κλιμ. Ζ' Πράξη 474/2010.

όπως ήδη επισημάνθηκε, οι σχετικές διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Επομένως, αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να προβεί στην ανάθεση μιας σύμβασης χρησιμοποιώντας για παράδειγμα την επισπευσμένη διαδικασία (“the accelerated procedure”) αντί της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, δεν είναι σύννομη η προσφυγή στην τελευταία. Έτσι, κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και τη διαμόρφωση των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου της Μαδρίτης, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, αφού μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή και το Πανεπιστήμιο μπορούσε να πετύχει το στόχο αυτό με την προσφυγή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με συντόμευση των σχετικών προθεσμιών.¹⁰⁷

Το δικαστήριο όμως έκρινε, ότι

*συντρέχουν οι σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επειδή συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη (που συνίσταται στην ανάγκη αποκατάστασης της βλάβισης και του τοπίου στο σύνολο του αρχαιολογικού χώρου της Ολυμπίας, με έμφαση στον Κρόνιο λόφο, στους λόφους Ζούνη και Καλόσακα, στον ευρύτερο χώρο του Νέου Μουσείου, στο Στάδιο 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 του Πεκίνου (το Μάρτιο του 2008) που οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα, τα οποία δεν απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής (μεγάλη πυρκαγιά που ξέσπασε στην Ηλεία και συγκεκριμένα στην Αρχαία Ολυμπία την 26η Αυγούστου 2007) και καθιστούν αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης.*¹⁰⁸

Γενικότερα, η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, όπως και η αντίστοιχη του ΔΕΕ, αντιμετωπίζει με ιδιαίτερη αυστηρότητα τη συνδρομή των προϋποθέσεων του κατεπείγοντος και ειδικότερα του απρόβλεπτου χαρακτήρα των περιστάσεων.

4.2. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών

¹⁰⁷ Βλ. ΔΕΚ Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Μαρτίου 1992, Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου της Ισπανίας, C-24/91, Συλλογή 1992 I-01989, σκ.14.

¹⁰⁸ Πράξη ΕΣ 74/2008 Τμήμα VI.

Σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 32 του ν.4412/2016 η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, για την αγορά αγαθών ή υπηρεσιών, υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους (οι οποίοι μπορεί βέβαια να μην αναφέρονται μόνο στην τιμή) είτε από προμηθευτή που παύει οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες είτε από τον εκκαθαριστή διαδικασίας αφερεγγυότητας, δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας που προβλέπεται σε διατάξεις νόμου. Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη της περίπτωσης (α) της παραγράφου 2 του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007. Στην ισχύουσα διάταξη του άρθρου 32 προστέθηκαν και οι συμβάσεις υπηρεσιών.

Ο εθνικός νομοθέτης φαίνεται ότι στο σημείο αυτό αποσαφήνισε την αντίφαση που προέρχεται από τον ευρωπαϊό νομοθέτη της διάταξης της (ενσωματούμενης) περίπτωσης (δ) της παραγράφου 3 του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ο οποίος, αν και στο πρώτο εδάφιο της παρ. 3 αναφέρεται μόνο σε δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, στην περίπτωση δ' της ίδιας παραγράφου αναφέρεται σε συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Στην διάταξη αυτή αναγνωρίζεται η ύπαρξη ευκαιριών στις καταστάσεις που αναφέρει, οι οποίες ενδέχεται να χαθούν αν ακολουθηθεί μία χρονοβόρα και αυστηρά τυπική ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία. Στις περιπτώσεις αυτές, λόγω της συνδρομής ιδιαίτερων πραγματικών και νομικών περιστάσεων στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, τεκμαίρεται a priori η αδυναμία υποβολής ανταγωνιστικότερης προσφοράς, με αποτέλεσμα να εξηγείται απολύτως η παράκαμψη διενέργειας οιασδήποτε δημόσιας διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού αυτή θα απέληγε αναμφίβολα άσκοπη και περιττή. Σύμφωνα με τις εθνικές διατάξεις ως εκκαθαριστής διαδικασίας αφερεγγυότητας, νοείται ο χειριστής αφερεγγυότητας, ο ειδικός εκκαθαριστής, ο σύνδικος της πτώχευσης σύμφωνα με τον Πτωχευτικό Κώδικα καθώς και κάθε άλλο πρόσωπο που ασκεί ανάλογα καθήκοντα.¹⁰⁹

4.3. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις προμηθειών

¹⁰⁹ Βλ. αιτιολογική έκθεση ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (άρθρο 32 παρ. 3 α', β', γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους, προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών α) για ερευνητικούς σκοπούς, β) όταν αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις (“additional purchases”), γ) όταν πρόκειται για αγαθά που είναι εισηγμένα και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων (“commodity market”). Υπό το προγενέστερο καθεστώς αντίστοιχη ήταν η διάταξη της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007. Η διάταξη παραμένει επί της ουσίας अपαράλλακτη και στο καθεστώς του ν. 4412/2016.

α) Προμήθειες για ερευνητικούς σκοπούς. Πρόκειται για την προμήθεια προϊόντων τα οποία κατασκευάζονται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, πειραματισμού, μελέτης ή ανάπτυξης, προκειμένου για ποσότητα που δεν εξασφαλίζει την εμπορική βιωσιμότητα του προϊόντος ή την απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης. Η διάταξη καλύπτει, ειδικότερα, περιπτώσεις συμβάσεων που αφορούν στην προμήθεια αγαθών τα οποία εμφανίζουν κάποια σχεδιαστική πρωτοτυπία, λόγου χάριν, επειδή εμπεριέχουν οικολογικά υλικά ή κατασκευάστηκαν με μια καινοτόμα τεχνική μέθοδο. Δεν αναφέρεται σε προϊόντα που χρησιμοποιούνται τα ίδια για την έρευνα (π.χ. εξοπλισμός εργαστηρίου) αλλά είναι πρωτότυπα προϊόντα που έχουν κατασκευαστεί με την χρήση κάποιου νέου υλικού ή με κάποια νέα μέθοδο, δηλαδή ο σκοπός της κατασκευής τους είναι αποκλειστικά η έρευνα κ.λπ.

Ο πρόσθετος αναγκαίος όρος που τίθεται για την ενεργοποίηση της εν λόγω διάταξης είναι ότι, η ποσότητα των προς προμήθεια αγαθών δεν θα πρέπει να είναι ικανή ούτως ώστε να εξασφαλίζεται η εμπορική βιωσιμότητα τους ή έστω να οι σχετικές δαπάνες έρευνας και ανάπτυξης. Αυτό a contrario σημαίνει ότι, εάν η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί να αγοράσει μεγαλύτερη ποσότητα από το πρωτότυπο αυτό προϊόν, υποχρεούται να ακολουθήσει τις συνήθεις μορφές διαδικασιών ανάθεσης, τις ανοικτές δηλαδή και κλειστές διαδικασίες¹¹⁰ οπότε το πρωτότυπο προϊόν θα ανταγωνιστεί με όλα τα διαθέσιμα παρεμφερή προϊόντα της αγοράς.

Έτσι για παράδειγμα, κρίθηκε ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης για την απευθείας ανάθεση σύμβασης αναβάθμισης εκσκαφέα ορυχείου

¹¹⁰ Βλ. Ράικος, Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*.

από την Δ.Ε.Η. Α.Ε. για λόγους έρευνας επειδή η σύναψη της σύμβασης αποσκοπεί και στη συντήρηση και αναβάθμιση της λειτουργίας και της απόδοσης του συγκεκριμένου μηχανήματος, το οποίο μετά το πέρας των εργασιών θα τεθεί σε λειτουργία στο ορυχείο σύμφωνα με τον προορισμό του η απόσβεση δε, με τον τρόπο αυτό, του κόστους συντήρησης συνιστά «ανάκτηση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης», κατά την έννοια της συγκεκριμένης διάταξης, που κωλύει την εφαρμογή της.¹¹¹

β) Προμήθειες που αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις (“additional purchases”). Πρόκειται για προμήθειες που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση.

Ο νομοθέτης έκρινε ότι υπό ειδικές και συγκεκριμένες συνθήκες αντικειμενικά είναι πολύ περισσότερο πιθανό ο προηγούμενος προμηθευτής να προσφέρει το προϊόν με την καλύτερη σχέση ποιότητας-τιμής.

Για την εφαρμογή της διάταξης θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς τέσσερις προϋποθέσεις. Να πρόκειται αμιγώς για σύμβαση προμήθειας ή σε περίπτωση μικτής σύμβασης, ο προέχων χαρακτήρας να είναι η προμήθεια αγαθού, η αναθέτουσα αρχή να προτίθεται να αναθέσει συμπληρωματικό αντικείμενο με επιπλέον αμοιβή μόνο στον αρχικό ανάδοχο με τον οποίο θα διαπραγματευτεί, να προκύπτει με σαφήνεια ότι η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και συντήρηση, και, τέλος, η διάρκεια των συμβάσεων, όπως και των ανανεώσιμων συμβάσεων, να μην υπερβαίνει τα τρία έτη εκτός και αν συντρέχουν εξαιρετικοί λόγοι, η συνδρομή των οποίων αιτιολογείται ειδικώς.

Οι αναθέτουσες αρχές λοιπόν έχουν την ευχέρεια να προσφεύγουν στη εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης για λόγους συμβατότητας των υπό ανάθεση ειδών με προηγούμενως ανατεθείσα προμήθεια, προς αποφυγή

¹¹¹ Βλ. ΣτΕ (ΑΣΦ) 492/2012. Η υπόθεση αφορούσε την εφαρμογή της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 25 παρ. 3 περ. β' του ΠΔ/59/2007.

δυσανάλογων τεχνικών δυσχερειών ή οικονομικών επιβαρύνσεων. Η προϋπόθεση αυτή, όπως έχει κάνει δεκτό η νομολογία, συντρέχει ιδίως για προμήθειες οι οποίες δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά, με την έννοια ότι είναι εκ των προτέρων γνωστό στην αναθέτουσα αρχή ότι η προκύψασα ανάγκη θεραπεύεται αποκλειστικά δια της προσφυγής σε προμήθειες που, λόγω των τεχνικών χαρακτηριστικών που εμφανίζουν, δεν δύνανται να υποκατασταθούν με άλλες που προσφέρονται στην αγορά. Αντιθέτως, δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη, στην περίπτωση που διατίθενται στην αγορά περισσότερα υλικά ομοειδή και ανταγωνιστικά μεταξύ τους.¹¹²

Έτσι κρίθηκε, ενόψει συμπληρωματικής προμήθειας ειδικού εργαλειακού εξοπλισμού του Γενικού Επιτελείου Ναυτικού (ΓΕΝ) για το έλεγχο της «συμπεριφοράς» πυροβόλων όπλων, προκειμένου να αναβαθμιστεί το συνεργείο του Ναυστάθμου Σαλαμίνας, επειδή η ανατιθέμενη προμήθεια αναφερόταν σε εργαλεία με ειδικές τεχνικές προδιαγραφές, και όχι σε απλά εργαλεία συντήρησης, συνέτρεχαν τεχνικοί λόγοι που αναδείκνυαν τις δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες, οι οποίες θα προκαλούνταν από την επιλογή άλλου προμηθευτή ειδικών εργαλείων που προσφέρονταν στην αγορά.¹¹³

Βεβαίως, η διάταξη αυτή δεν απαιτεί ο αρχικός προμηθευτής να είναι ο μοναδικός αλλά αρκεί η αλλαγή προμηθευτή (αντί δηλαδή του αρχικού) να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να αποκτά αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση. Έτσι λοιπόν, στην περίπτωση που ένας άλλος προμηθευτής πλην του αρχικού, μπορεί να προμηθεύσει την αναθέτουσα αρχή με αγαθά τα οποία, αν και διαφορετικά από αυτά του αρχικού, αναλαμβάνει να τα προσαρμόσει ώστε να καταστούν συμβατά, τίθεται το ερώτημα αν συντρέχει η περίπτωση εφαρμογής της διάταξης αυτής. Η απάντηση πρέπει να είναι αποτέλεσμα μιας στάθμισης του ύψους του κόστους για την απαιτούμενη προσαρμογή των προϊόντων του νέου προμηθευτή και να επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης με τον αρχικό προμηθευτή όταν αυτό είναι δυσανάλογο.¹¹⁴

¹¹² Βλ. ΕΣ Τμ.ΙV 104, 51/2000, 186/2003.

¹¹³ ΕΣ Τμ.ΙV Πράξη 1281/2010.

¹¹⁴ Βλ. και ΕΣ Τμ. V11281/2010.

Από την διατύπωση της διάταξης (συμπληρωματικές παραδόσεις από τον αρχικό προμηθευτή) συνάγεται σαφώς ότι η αρχική σύμβαση που είχε ανατεθεί στον προμηθευτή, στον οποίο ανατίθενται και συμπληρωματικές παραδόσεις, δυνάμει της διάταξης της παραγράφου 4 περ. (β) του άρθρου, μπορεί είτε να είναι ενεργή είτε να έχει ήδη λήξει.

Η περίπτωση αυτή δεν πρέπει να συγχέεται με την περίπτωση της τεχνικής μοναδικότητας, η οποία εφαρμόζεται σε όλες τις συμβάσεις (έργων, προμηθειών, υπηρεσιών) και προϋποθέτει τον αυστηρότερο όρο της μοναδικότητας του οικονομικού φορέα, ούτε και με την περίπτωση της επιτρεπόμενης τροποποίησης σύμβασης κατά τη διάρκειά της, για συμπληρωματικά έργα, υπηρεσία ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση (περίπτωσης (β) της παραγράφου 1 του άρθρου 132) η οποία προϋποθέτει επιπλέον μη προβλέψιμες περιστάσεις και ανώτατο όριο δαπάνης (50% του αρχικού προϋπολογισμού).¹¹⁵

Εξάλλου ούτε απαίτηση για απρόβλεπτη κατάσταση, στην οποία να οφείλεται η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής για συμπληρωματικές παραδόσεις απαιτεί η εν λόγω διάταξη σε αντίθεση με την περίπτωση της επιτρεπόμενης τροποποίησης της σύμβασης κατά τη διάρκειά της για συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο (περ. β παρ. 1 άρθρ. 132). Επομένως, ακόμα και στην περίπτωση που η ανάγκη για αυτές τις συμπληρωματικές παραδόσεις είχε ήδη προβλεφθεί, δεν απαιτείται να είχε αποτελέσει αντικείμενο της αρχικής προκήρυξης. Εάν είχε προβλεφθεί και στην αρχική προκήρυξη, τότε, θα ανατίθεντο δυνάμει συμβατικού όρου της αρχικής σύμβασης (π.χ. δικαίωμα προαίρεσης), χωρίς ανάγκη προσφυγής σε καμία περαιτέρω διαδικασία ανάθεσης (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Ο χρονικός περιορισμός που εισάγεται στη διάταξη αυτή (η διάρκεια αυτών των συμβάσεων, καθώς και των επαναλαμβανόμενων συμβάσεων, δεν υπερβαίνει κατά κανόνα τα τρία έτη) είναι διαφορετικός από τον χρονικό περιορισμό που ισχύει στην περίπτωση της παραγράφου 6 του ίδιου άρθρου για νέα έργα/υπηρεσίες (Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο εντός τριετίας μετά τη σύναψη

¹¹⁵ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, στην οποία επισημαίνεται ότι, επειδή συχνά η προσφυγή σεδιαπραγμάτευση για λόγους τεχνικούς αφορά μικτές συμβάσεις (με στοιχεία συμβάσεων υπηρεσιών και προμηθειών ταυτόχρονα), πρέπει να λαμβάνεται υπόψη πως ισχύουν διαφορετικοί κανόνες (τεχνική μοναδικότητα/δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες) ανάλογα με τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών.

της αρχικής σύμβασης). Η σαφής διαφορά στη γραμματική διατύπωση των δύο περιπτώσεων οδηγεί στο συμπέρασμα ότι στην περίπτωση των συμπληρωματικών παραδόσεων της παραγράφου 4 του άρθρου 32, δεν γίνεται σύνδεση της νέας ανάθεσης (σύμβασης) με τη χρονική διάρκεια της αρχικής σύμβασης, όπως στην περίπτωση της παραγράφου 6, αλλά ο χρονικός περιορισμός αναφέρεται μόνο στην χρονική διάρκεια των συμβάσεων που συνάπτονται δυνάμει της εν λόγω εξαίρεση (με διαπραγμάτευση). Και βέβαια παρέχει την δυνατότητα να παρακαμφθεί και ο κανόνας αυτός εφόσον η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί ειδικά την σχετική απόφαση.¹¹⁶

γ) Προμήθειες που είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων (commodity market). Στην περίπτωση αυτή, η διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη προκήρυξη μπορεί να χρησιμοποιείται εάν πρόκειται για προμήθεια αγαθών που είναι εισηγμένα και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων. Οι κλασικές διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης (ανοικτή/κλειστή) δεν είναι χρήσιμες όταν αγοράζονται άμεσα αγαθά σε αγορά πρώτων υλών, περιλαμβανόμενων των χρηματιστηρίων εμπορίας βασικών αγαθών, όπως είναι τα αγροτικά προϊόντα, πρώτων υλών και ενέργειας, όπου η πολυμερής ρυθμιζόμενη και εποπτευόμενη εμπορική δομή εγγυάται κατά τρόπο φυσικό τις τιμές της αγοράς.¹¹⁷

Τα χρηματιστήρια εμπορευμάτων συνήθως έχουν διεθνή χαρακτήρα και ως τέτοια δεν εμπεριέχουν τον κίνδυνο εισαγωγής διακρίσεων, λειτουργούν δε με μεσάζοντες ή άνευ αυτών. Σύνηθες χαρακτηριστικό τους αποτελεί ο καθορισμός της τιμής αγοράς κατά τη συναλλαγή και οι μεγάλες διακυμάνσεις τιμών αγαθών (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

4.4. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις υπηρεσιών

Σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 32 παρ. 5 ν. 4412/2016) οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών,

¹¹⁶ Βλ. ΝΣΚ 421/2003, ΝΣΚ ατομική γνώμοδότηση του Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εμπορικής Ναυτιλίας 28/2003 και 364/2004.

¹¹⁷ Βλ. αιτιολογική σκέψη (50) Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

όταν η σχετική σύμβαση έπεται διαγωνισμού μελετών που έχει διοργανωθεί, σύμφωνα με το Μέρος Α' του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 και πρέπει, σύμφωνα με τους κανόνες που προβλέπονται στο διαγωνισμό μελετών, να ανατεθεί στον νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού αυτού. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όλοι οι νικητές του διαγωνισμού πρέπει να καλούνται να συμμετάσχουν στις διαπραγματεύσεις. Πρέπει να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι στο πλαίσιο ενός διαγωνισμού μελετών η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να αναδείξει έναν ή περισσότερους νικητές. Στην περίπτωση όμως που επιλέξει το δεύτερο, είναι υποχρεωμένη να τους καλέσει όλους στις διαπραγματεύσεις.

Ο νομοθέτης έκρινε ότι στην περίπτωση αυτή της επιτρεπτής διαπραγμάτευσης, όταν έχει προηγηθεί ένας διαγωνισμός μελετών, τα μέρη που θα κληθούν στη διαπραγμάτευση είναι προκαθορισμένα, είναι ο/οι νικητής/νικητές του διαγωνισμού. Όπως έχει ήδη επισημανθεί η διαπραγμάτευση στην περίπτωση αυτή μπορεί να αφορά τη σύναψη μόνο σύμβασης υπηρεσιών. Επομένως στην περίπτωση που ένας διαγωνισμός μελετών οδηγεί στη σύναψη σύμβασης έργου (π.χ. εκτέλεση και μελέτη) τότε η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει, είτε να την δημοπρατήσει χωριστά ως δημόσια σύμβαση έργου υπό τους οικείους κανόνες ανάθεσης του Βιβλίου Ι, χωρίς να μπορεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία διαπραγμάτευσης είτε, να χωρίσει το αντικείμενο της μελέτης και της κατασκευής του έργου σε δύο χωριστές συμβάσεις (υπηρεσιών-μελετών και έργου αντίστοιχα) και να αναθέσει την πρώτη με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δυνάμει της παρ. 5 του άρθρου 32 και την σύμβαση έργου (κατασκευή) με τους οικείους κανόνες ανάθεσης για τις συμβάσεις αυτές. Στην τελευταία αυτή περίπτωση θα πρέπει να δοθεί προσοχή ώστε να διαπιστωθεί τυχόν συνδρομή απαγορευτικών περιστάσεων του άρθρου 48, αν για παράδειγμα, ο μελετητής που επιλέχθηκε από το διαγωνισμό μελετών με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, συμμετέχει ο ίδιος ή μέσω επιχειρήσεων που σχετίζονται με αυτόν και στη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης για την κατασκευή του έργου (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Προϋπόθεση για την εφαρμογή της διάταξης αποτελεί, καταρχάς, η προηγούμενη διοργάνωση διαγωνισμού μελετών σύμφωνα με τα άρθρα 112 έως 115 του Ν.4412/2016 (άρθρα 79 έως 82 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), τα οποία εισάγουν ένα ειδικό καθεστώς για τις συμβάσεις αυτού του είδους. Όπως αναφέρεται στο άρθρο 112 παρ.1 του Ν.4412/2016 (άρθρα 79 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές «εάν σκοπεύουν να αναθέσουν επακόλουθη σύμβαση υπηρεσιών δυνάμει της

παραγράφου 5 του άρθρου 32, αναφέρουν την πρόθεσή τους στην προκήρυξη διαγωνισμού μελετών». Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει, δηλαδή, προς διασφάλιση της αναγκαίας διαφάνειας, να εξαγγέλλουν ρητά στην προκήρυξη του διαγωνισμού μελετών την πρόθεσή τους να προβούν ακολούθως σε ανάθεση συναφούς σύμβασης υπηρεσιών.

Απαλλαγή από τη υποχρέωση τήρησης δημοσιότητας είναι επιτρεπτή μόνον εάν η οικεία σύμβαση υπηρεσιών αποτελεί συνέχεια διαγωνισμού μελετών. Η απαίτηση να αποτελεί συνέχεια διαγωνισμού σημαίνει, σύμφωνα με την νομολογία,¹¹⁸ ότι πρέπει να υφίσταται άμεσος λειτουργικός σύνδεσμος μεταξύ του διαγωνισμού μελετών και της οικείας συμβάσεως υπηρεσιών. Πρέπει να υφίσταται τέτοιος δεσμός μεταξύ του προηγηθέντος διαγωνισμού και της επακολουθούσας συμβάσεως, ώστε η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να καθορίζει, με την προκήρυξη του αρχικού διαγωνισμού μελετών, ότι ένας από τους επιτυχόντες πρέπει να συμμετέχει στη σύμβαση που ακολουθεί. Αν δεν υπάρχει αυτός ο λειτουργικός δεσμός, τότε η σύμβαση που ακολουθεί δεν μπορεί να επιφυλαχθεί στους επιτυχόντες και πρέπει να ανατεθεί κεχωρισμένως με βάση τους γενικούς κανόνες των οδηγιών.¹¹⁹

Το ΔΕΕ, έκανε δεκτό ότι, μεταξύ του διαγωνισμού της πρώτης φάσης, ο οποίος αφορούσε στην μελέτη σκοπιμότητας ορισμένου συστήματος επεξεργασίας του ύδατος, με σκοπό την συμμόρφωση της μονάδας βιολογικού καθαρισμού της Chauviniere με τις ευρωπαϊκές περιβαλλοντικές προδιαγραφές, και της σύμβασης της δεύτερης φάσης, που αφορούσε στην επικούρηση του κυρίου του έργου στην πραγματοποίηση του σχεδίου, εξέλιπε η απαιτούμενη αιτιώδης συνάφεια, ώστε δεν μπορούσε να θεωρηθεί η τελευταία ως αποτελούσα συνέχεια του αρχικού διαγωνισμού. Ειδικότερα, το δικαστήριο, τεκμηριώνοντας τις βασικές αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, διευκρίνισε αφενός, ότι επιβάλλεται ο σαφής καθορισμός του αντικειμένου της κάθε σύμβασης και απαγορεύεται η διεύρυνση του κατά την διάρκεια της διαδικασίας δημοπράτησης, αφετέρου, ότι επιβάλλεται ο σαφής καθορισμός των κριτηρίων ανάθεσης σε κάθε επιμέρους διαγωνισμό.¹²⁰ Για

¹¹⁸ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 2004, υπόθεση C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 41.

¹¹⁹ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα L. A. Geelhoed της 11ης Μαρτίου 2004, υπόθεση C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψεις 45 και 47.

¹²⁰ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 2004, υπόθεση C-340/02, 14.10.2004, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψεις 34-35.

τον λόγο αυτό, ρήτρα σε προκήρυξη διαγωνισμού μελετών που επιτρέπει την απευθείας ανάθεση στον νικητή του διαγωνισμού νέων υπηρεσιών σημαίνει αφενός, ανεπίτρεπτη διεύρυνση του φυσικού αντικειμένου της πρώτης σύμβασης, αφετέρου, δυνατότητα ανάθεσης μιας νέας σύμβασης επί τη βάσει κριτηρίων ανάθεσης που χρησιμοποιήθηκαν για την πρώτη, πράγμα που παραβιάζει κατάφωρα τις θεμελιώδεις αρχές.¹²¹

4.5. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις έργων και υπηρεσιών

Οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 5 (άρθρο 32 παρ. 6 του ν. 4412/2016) προβλέπουν ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή υπηρεσίες είναι σύμφωνα με μία βασική μελέτη και ότι αυτή η μελέτη αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης, η οποία έχει συναφθεί, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 26. Στη βασική μελέτη αναγράφεται η έκταση πιθανών συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών και οι όροι ανάθεσής τους.

Υπό το προγενέστερο καθεστώς, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 31 παρ. 4 της οδηγίας 2004/18 (άρθρο 25 παρ. 4 του ΠΔ 60/2007), προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών υπήρχε ευχέρεια προσφυγής στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση στις συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις με τον ίδιο ανάδοχο (“follow-on contracts”).

Ο ενωσιακός νομοθέτης λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη φύση των συμβατικών αυτών πράξεων, την αντικειμενική αδυναμία ανάπτυξης ανταγωνιστικού κλίματος και παροχής ίσων ευκαιριών στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς κατά την ανάθεσή τους, λόγω της ύπαρξης a priori ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος του αναδόχου της αρχικής σύμβασης, αλλά και την ανάγκη πρόσδοσης ευελιξίας στις αναθέτουσες αρχές για ταχύτερη και αποτελεσματικότερη εκτέλεση των συμβάσεων, έκρινε ότι οι αλλαγές που επιφέρουν οι προσθήκες αυτές στην συνολική φύση της αρχικής σύμβασης μπορούν υπό προϋποθέσεις να θεωρηθούν ελάσσονος σημασίας,

¹²¹ Βλ. ΔηΣΚΕ 2/2005 με παρατηρήσεις στην απόφαση ΔΕΚ της 14.09.2004 C-385/02

Επιτροπή/Ιταλία. Ε. Αδαμαντίδου.

με αποτέλεσμα να μην χρειάζεται νέα διαδικασία διαπραγμάτευσης και σύναψης σύμβασης με τον ήδη αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής.¹²²

Το δικαίωμα λοιπόν προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, αναφέρεται σε συμβάσεις νέων έργων ή υπηρεσιών, που πρόκειται να ανατεθούν στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από την ίδια αναθέτουσα αρχή. Για την εφαρμογή της ανωτέρω διάταξης θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις:

α) Να αφορούν σε επανάληψη παρόμοιων με την αρχική σύμβαση έργων ή υπηρεσιών. Οι νέες αυτές υπηρεσίες δεν μπορεί να είναι άσχετες με το αντικείμενο της αρχικής συναφθείσας σύμβασης. Θα πρέπει να καθορίζονται σε συνάρτηση με την φύση και το είδος του αντικειμένου της πρώτης συμβάσεως κατά τέτοιον τρόπο, ώστε οι συμμετέχοντες να γνωρίζουν σε τι θα συνίστανται οι υπηρεσίες, οι οποίες θα ανατεθούν ενδεχομένως με την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία.

Οι «νέες» υπηρεσίες μπορεί να είναι μεν παρόμοιες υπηρεσίες με αυτές που ανατέθηκαν με την πρώτη σύμβαση μεταξύ των μερών, πλην όμως, δύνανται να διακριθούν από τις τελευταίες, ως προς το αντικείμενο στο οποίο αφορούν και πρέπει να συνάδουν με τη βασική μελέτη της αρχικής συμβάσεως για την επίτευξη, εντός ορισμένου χρόνου, ενός συγκεκριμένου τεχνικοοικονομικού αποτελέσματος, ενώ η δυνατότητα απευθείας αναθέσεώς τους, το αντικείμενό τους αλλά και η δαπάνη που συνεπάγονται, πρέπει να έχουν προβλεφθεί στην οικεία διακήρυξη. Επομένως, στην επίμαχη εξαίρεση από τη διενέργεια διαγωνισμού δεν μπορούν να υπαχθούν, ως νέες, οι υπηρεσίες που, εξαιτίας του ότι ανταποκρίνονται σε πάγιες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής χωρίς χρονικό ορίζοντα, μπορούν να επαναλαμβάνονται διαρκώς, ούτε οι υπηρεσίες που ταυτίζονται με αυτές της αρχικής σύμβασης.¹²³

β) Να συμφωνούν με την βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία συνήφθη με ανοικτή ή κλειστή διαδικασία. Προϋπόθεση είναι ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία. Οι εν λόγω νέες υπηρεσίες πρέπει να είναι κατά κάποιο τρόπο παρεμφερείς με αυτές που προβλέφθηκαν στη διακήρυξη και αποτέλεσαν αντικείμενο της πρώτης σύμβασης και να μην αφορούν αντικείμενο

¹²² Βλ. Σκέψη 108 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

¹²³ Βλ. ΕΣ, Τμήμα IV απόφαση 73/2009.

εντελώς άσχετο με αυτό της πρώτης σύμβασης. Με άλλα λόγια, οι νέες αυτές υπηρεσίες θα πρέπει να κείνται, οπωσδήποτε, εντός του πλαισίου του αρχικά ανατεθέντος έργου ή παρόμοιου έργου, δηλαδή να ανατεθούν κατά διεύρυνση των αρχικών ενεργειών του ίδιου ή παρόμοιου έργου και να μην αφορούν σε άλλα, διάφορα έργα, έστω και του αυτού βασικού προγράμματος, να συνίστανται δε προεχόντως, σε επανάληψη άλλων παρόμοιων υπηρεσιών.¹²⁴

γ) Η δυνατότητα προσφυγής στην ανωτέρω διαδικασία θα πρέπει να επισημαίνεται κατά την αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού. Η δυνατότητα προσφυγής σε αυτή τη διαδικασία πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την πρώτη προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές για την εφαρμογή του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, δηλαδή για τον υπολογισμό των κατωτάτων ορίων των οδηγιών. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο εντός τριετίας μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.¹²⁵

Έτσι για την προσφυγή στην ανωτέρω διαδικασία επιβάλλεται, περαιτέρω, ως ουσιώδης τυπική προϋπόθεση, αφενός, η επισήμανση της δυνατότητας ενεργοποίησής της στην προκήρυξη του αρχικού διαγωνισμού, αφετέρου, ότι το συνολικό ποσό για αυτές ελήφθη υπόψη κατά την δημοπράτηση του αρχικού έργου. Όπως επισημαίνει το Ελεγκτικό Συνέδριο,

η προϋπόθεση αυτή, ερμηνευόμενη ενόψει των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, επιβάλλει τον ακριβή καθορισμό (τεχνική περιγραφή, προϋπολογισμός), κατά την αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού, όχι μόνο των υπηρεσιών του διαγωνισμού αυτού αλλά και των νέων παρόμοιων υπηρεσιών που μπορεί να επαναληφθούν. Ο καθορισμός αυτός καθίσταται αναγκαίος αφενός διότι η εν λόγω πρόβλεψη αποτυπώνει το διαπλαστικό δικαίωμα προαιρέσεως (optiion) της αναθέτουσας αρχής όπως με μονομερή δήλωσή της προς την ανάδοχο της αρχικής σύμβασης συνάψει αυτογνωμότως και νέα σύμβαση και αφετέρου διότι η καταχώριση στην αρχική διακήρυξη των καθοριστικών μεγεθών των νέων παρόμοιων υπηρεσιών που μπορεί να επαναληφθούν επιτρέπει στις συμμετέχουσες στον αρχικό διαγωνισμό εργοληπτικές επιχειρήσεις να διαμορφώσουν τις οικονομοτεχνικές προσφορές τους, συνεκτιμώντας και την ενδεχόμενη ενεργοποίηση του δικαιώματος αυτού.¹²⁶

¹²⁴ Βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 775/1997.

¹²⁵ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, στην οποία επισημαίνεται ότι η χρονική διάρκεια των τριών ετών εφαρμογής της δυνατότητας αυτής υφίσταται από τη σύναψη της σύμβασης και όχι από την ολοκλήρωση του έργου, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-385/02 της 14-9-2004 Επιτροπή κατά Ιταλίας σκέψη 34.

¹²⁶ Βλ. ΕΣ Κλιμ. Ζ' Πράξη 131/2008.

δ) Να ανατεθούν οι συμβάσεις νέων έργων και υπηρεσιών στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 156 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι

α) Το έργο εκτελείται, σύμφωνα με τη σύμβαση και τα τεύχη και σχέδια που τη συνοδεύουν. Ο φορέας κατασκευής του έργου έχει το δικαίωμα αν προκύψει ανάγκη εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών που δεν περιλαμβάνονται στο αρχικό ανατεθέν έργο, ούτε στην πρώτη συναφθείσα σύμβαση και οι οποίες κατέστησαν αναγκαίες λόγω απροβλέπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση του έργου, όπως αυτό περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, να συνάπτει σύμβαση με τον ανάδοχο του έργου με την προϋπόθεση ότι οι συμπληρωματικές εργασίες δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την κύρια σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές ή όταν αυτές οι εργασίες, μολονότι μπορούν να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή της χωρίς να μεταβάλλουν τη συνολική της φύση.

β) Το συνολικό ποσό των συμβάσεων αυτών στο οποίο συμπεριλαμβάνεται και η αμοιβή για τη σύνταξη των απαιτούμενων μελετών για τις συμπληρωματικές εργασίες απαγορεύεται να υπερβαίνει το ποσοστό του πενήντα τοις εκατό (50%) του ποσού της αξίας της αρχικής σύμβασης, χωρίς την αναθεώρηση και το ΦΠΑ.

ε) Να μην έχει παρέλθει τριετία από τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.

4.6. Διαδικαστικοί κανόνες διενέργειας της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση

Ούτε η διάταξη του άρθρου 32, ούτε καμία άλλη διάταξη του νόμου (ή της Οδηγίας) ρυθμίζουν ρητά και διεξοδικά το ζήτημα των διαδικαστικών κανόνων διενέργειας της διαδικασίας, με αποτέλεσμα η οργάνωση της δομής της διαπραγμάτευσης, των επιμέρους σταδίων και φάσεων, της διάρκειας και του περιεχομένου των συζητήσεων, να επαφίεται κάθε φορά στην διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Οι διαδικαστικοί κανόνες που περιλαμβάνονται στο άρθρο 29 αναφέρονται μόνο στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση.

Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού είναι η μόνη διαδικασία ανάθεσης του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, στην οποία απουσιάζει το κυρίαρχο μέσο διασφάλισης δημοσιότητας και διαφάνειας στους δημόσιους διαγωνισμούς, δηλαδή η διακήρυξη.¹²⁷ Αντίθετα, η όλη διαδικασία ξεκινά με την αποστολή σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής, έγγραφης πρόσκλησης για συμμετοχή στη διαπραγμάτευση.¹²⁸

¹²⁷ Βλ. άρθρο 63 του Ν.4412/2016 (άρθρο 49 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

¹²⁸ Βλ. άρθρο 61 παρ.2 του Ν.4412/2016.

Έτσι, στις περιπτώσεις που δικαιολογούν την προσφυγή στη διαδικασία αυτή και όπου ο ανάδοχος είναι ήδη «προκαθορισμένος» (π.χ. ένας μοναδικός, ή ένας προηγούμενος ανάδοχος), η διαπραγμάτευση περιορίζεται στους όρους εκτέλεσης της σύμβασης. Στις περιπτώσεις αυτές δεν φαίνεται να έχουν καμία χρησιμότητα και άρα σκοπό εφαρμογής, οι διατάξεις που αφορούν την επιλογή του αναδόχου ή την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης όπως, για παράδειγμα, οι σχετικές με τα κριτήρια ανάθεσης διατάξεις του νόμου.

Από την άλλη, στις περιπτώσεις που ο ανάδοχος δεν είναι «προκαθορισμένος», λόγω της ειδικότερης περίπτωσης προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προβεί στην επιλογή του. Η επιλογή αυτή μπορεί να αφορά ένα μεγάλο εύρος πιθανών αναδόχων (π.χ. στην περίπτωση του κατεπείγοντος ή του άγονου προηγηθέντα διαγωνισμού) και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απευθυνθεί σε έναν ή περισσότερους εξ αυτών για να διαπραγματευτεί μαζί τους. Η πρόσκληση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προς όλους όσους είχαν συμμετάσχει στον αρχικό άγονο διαγωνισμό, παρόλο που δεν υποχρεούται να το πράξει, αποτελεί ένδειξη ότι δεν επικαλείται καταχρηστικά τους όρους συνδρομής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.¹²⁹

Εξάιρεση, βεβαίως, αποτελεί η περίπτωση στην οποία ενεργοποιείται η διαδικασία αυτή δευτερογενώς, και συγκεκριμένα όταν οι συνήθεις μορφές διαδικασιών αποδεικνύονται αναποτελεσματικές, καθόσον στην περίπτωση αυτή έχει συντελεσθεί προηγουμένως δημοσίευση προκήρυξης του διαγωνισμού. Μπορεί στο πλαίσιο της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, η οποία έχει αποκλειστικό σκοπό να συνεχίσει και να ολοκληρώσει την προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, να μην δημοσιεύεται ξανά προκήρυξη, όμως, η ισχύς της αρχικής και του όλου συμβατικού πλαισίου που αυτή εδραιώνει κατ' ουσία διατηρείται αμετάβλητη, μιας και οι όροι της, απαγορεύεται να τροποποιηθούν ουσιωδώς.

Αξίζει βεβαίως να σημειωθεί ότι προβλέπεται δυνατότητα των αναθετουσών αρχών, να δημοσιεύουν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης γνωστοποίηση της πρόθεσης τους να προσφύγουν στην εν λόγω διαδικασία ανάθεσης, τηρώντας στάση αναμονής (standstill period) για δέκα ημέρες.¹³⁰

¹²⁹ Βλ. ΔΕΚ απόφαση C-250/07 σκ. 47.

¹³⁰ Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, υπόθεση C-81/98, Alcatel Austria AG κλπ κατά Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, σκέψη 38.

Οι περισσότερες και σημαντικότερες διατάξεις του νόμου, είτε αμιγώς εθνικής, είτε ενωσιακής προέλευσης, δεν αναφέρονται σε συγκεκριμένες διαδικασίες αλλά είναι γενικά διατυπωμένες (π.χ. άρθρ. 1-17, αναφορικά με το πεδίο εφαρμογής, άρθρ. 18 παρ. 2-5 οριζόντια ρήτρα, άρθρ. 22 κανόνες που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες, άρθρ. 24 σύγκρουση συμφερόντων, άρθρ. 45-47 φάκελος δημόσιας σύμβασης, προκαταρκτικές διαβουλεύσεις αγοράς, άρθρ. 54 τεχνικές προδιαγραφές, άρθρ. 73 λόγοι αποκλεισμού, άρθρ. 75-77 κριτήρια επιλογής, άρθρ. 79 ΕΕΕΣ, άρθρ. 86-87 κριτήρια ανάθεσης) και κατ' αρχήν δεν φαίνεται να υπάρχει κάποιος λόγος να μην εφαρμόζονται και στη διαδικασία αυτή.

Υπάρχουν βέβαια, διατάξεις όπως των άρθρων 69, 84, 85, 91 παρ. 2, 92 παρ. 3, 98 παρ. 2, 99 παρ. 2, 100 παρ. 3, 101 και 221 που αναφέρονται σε συγκεκριμένες διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Στις διατάξεις αυτές, στις οποίες δεν γίνεται αναφορά στη συγκεκριμένη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, ενώ γίνεται αναφορά σε άλλη ή άλλες διαδικασίες ανάθεσης, θα πρέπει να γίνει δεκτό εξ αντιδιαστολής ότι τα θέματα που ρυθμίζουν δεν τυγχάνουν εφαρμογής στη διαδικασία του άρθρου 32 (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

Πάντως, πρέπει να ερευνάται σε κάθε περίπτωση χωριστά, ανάλογα με τις ειδικές περιστάσεις που οδήγησαν τις αναθέτουσες αρχές να προσφύγουν σε αυτήν την εξαιρετική διαδικασία παραβλέποντας την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, ποιές από τις γενικά διατυπωμένες διατάξεις του νόμου πρέπει να εφαρμόζονται στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Έτσι, για παράδειγμα, οι κανόνες των ελάχιστων προθεσμιών της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση δεν έχουν καμία εφαρμογή στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει νομίμως στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης, αφού η προσφυγή στη διαδικασία αυτή δικαιολογείται μεταξύ άλλων επειδή οι προθεσμίες των λοιπών διαδικασιών δεν μπορούν να τηρηθούν. Όμως, η επιβολή διαφορετικών απαιτήσεων ή η παροχή διαφορετικών πλεονεκτημάτων στους συμμετέχοντες στη διαπραγμάτευση, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης που στο πλαίσιο μίας διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση και θα πρέπει να εφαρμόζεται.

Πάντως, στο Βιβλίο I του ν. 4412/2016 περιλαμβάνονται ορισμένες ελάχιστες διατάξεις που εφαρμόζονται ρητά στην περίπτωση διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση. Συγκεκριμένα, στην παράγραφο 2 του άρθρου 61 και στην παράγραφο 3 του άρθρου 120 ορίζεται ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας

διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 ή της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης του άρθρου 118, η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση (για την διαδικασία του άρθρου 32) ή της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς (για την απευθείας ανάθεση του άρθρου 118). Προκύπτει, λοιπόν, σαφώς η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, και στις περιπτώσεις του άρθρου 32, όπου απαιτείται, να αποστείλει μία πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση προς τους οικονομικούς φορείς. Εξάλλου η πρόσκληση για διαπραγμάτευση συγκαταλέγεται ρητά μεταξύ των εγγράφων της σύμβασης στη περίπτωση (14) της παραγράφου 1 του άρθρου 2.

Από την άλλη, οι διατάξεις του άρθρου 61 παρ. 2 του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 120 παρ. 3 και του άρθρου 38, ορίζουν ότι για τις συμβάσεις που ανατίθενται με τη διαδικασία του άρθρου 32 η πρόσκληση αυτή δεν απαιτείται να αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ.

Στο άρθρο 128 διαγράφονται επιπλέον απαιτήσεις για την ανάθεση, με προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης συμβάσεων υπηρεσιών (κάτω των ορίων εφαρμογής της Οδηγίας) συμβούλων οποιασδήποτε ειδικότητας όπως ιδίως τεχνικού, νομικού, οικονομικού και συμβούλου οργάνωσης, επί ειδικών θεμάτων, που απαιτούνται για την υλοποίηση, μελέτη και εκτέλεση έργων ή παραχωρήσεων έργων προβλεπόμενου συνολικού κόστους μεγαλύτερου των τριάντα εκατομμυρίων (30.000.000) ευρώ. Οι επιπλέον αυτές απαιτήσεις είναι η ανάρτηση της ως άνω πρόσκλησης στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Οι ίδιες ως άνω δύο επιπλέον απαιτήσεις επιβάλλονται ομοίως και για την ανάθεση, με την ίδια διαδικασία, συμβάσεων υπηρεσιών (κάτω των ορίων εφαρμογής της Οδηγίας) συμβούλων επί ειδικών θεμάτων, που απαιτούνται για την υλοποίηση και εκτέλεση του συνόλου ή μερών έργων ή παραχωρήσεων έργων για το σχεδιασμό, μελέτη, έλεγχο μελέτης διοίκηση και επίβλεψη έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, καθώς και για τις ανάγκες μηχανογράφησης των υπηρεσιών της.

Στην παράγραφο 1 του άρθρου 38 ορίζεται ρητά ότι το ΚΗΜΔΗΣ έχει ως σκοπό τη συλλογή, επεξεργασία και τη δημοσιοποίηση στοιχείων αναφορικά με τις συμβάσεις του Βιβλίου Ι, οι οποίοι συνάπτονται γραπτώς προφορικώς ή με ηλεκτρονικά μέσα από αναθέτουσες αρχές και εκτιμώμενης αξίας ίσης ή ανώτερης

του ποσού των χιλίων (1.000) ευρώ (άνευ ΦΠΑ) ανεξαρτήτως διαδικασίας ανάθεσης και ως εκ τούτου στο ΚΗΔΜΗΣ καταχωρίζονται υποχρεωτικά και στοιχεία συμβάσεων που ανατέθηκαν δυνάμει του άρθρου 32.

Σημειωτέον ότι, στο άρθρο 32Α του ν. 4412/2016, που προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ. 1 του ν. 4605/2019, ορίζεται ότι στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 22 παρ. 1 (επικοινωνίες και υποβολή μέσω ΕΣΗΔΗΣ), 36 (χρήση από αναθέτουσες αρχές του ΕΣΗΔΗΣ), 72 παράγραφος 1 περίπτωση α' (καταβολή εγγύησης συμμετοχής σε διαγωνισμό), 79 παρ. 1 έως 4 (υποβολή ΕΕΕΣ και ΤΕΥΔ, και 221 παρ. 8 και 9, στις ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32:

- α) όπου η δυνατότητα ανάθεσης περιορίζεται σε έναν προκαθορισμένο συμμετέχοντα, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παραγράφου 2, με την παράγραφο 3, με την περίπτωση β' της παραγράφου 4 και την παράγραφο 6,
- β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 2, ή
- γ) λόγω των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της συναλλαγής στην περίπτωση προμηθειών που είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου.

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. Στην περίπτωση γ' δεν απαιτείται προηγούμενη πρόσκληση και η διαδικασία διεξάγεται με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συναλλαγής. Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης γίνεται από τριμελές όργανο, το οποίο συγκροτείται από την Αναθέτουσα Αρχή και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης.

4.7. Σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ για την προσφυγή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την παρ. 2 του άρθρ. 116 του ν. 4412/2016, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό του άρθρου 32 και μόνο για τις συμβάσεις άνω των ορίων εκδίδεται μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας

Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με εξαίρεση (παρ. 3 άρθρ. 28 ν. 4314/2014) αναθέσεις συγχρηματοδοτούμενων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, παροχής υπηρεσιών και εκτέλεσης έργων, που υπόκεινται στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπως προβλέπεται κάθε φορά, οπότε δεν εφαρμόζεται το άρθρο 2 παρ. 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 και δεν διενεργείται ο αντίστοιχος έλεγχος της ΕΑΑΔΗΣΥ.¹³¹

Το εθνικό δίκαιο επιβάλλει, προκειμένου οι αναθέτουσες αρχές να προσφύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, εφόσον οι τελευταίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών, να ζητούν προηγουμένως τη σύμφωνη γνώμη μιας ανεξάρτητης, εθνικής διοικητικής αρχής, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ). Η Αρχή συστάθηκε με το Ν.4013/11184, ως νομοθετικά κατοχυρωμένη ανεξάρτητη αρχή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και η θεσμοθέτησή της υπαγορεύθηκε, μεταξύ άλλων, από την ανάγκη διασφάλισης διαφάνειας και αποτελεσματικότητας στον ευαίσθητο αυτό τομέα των Δημοσίων Συμβάσεων.¹³²

Αποτελεί ουσιαστικά τον πυρήνα για την διαμόρφωση ενός αποτελεσματικού ολοκληρωμένου ελεγκτικού συστήματος στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Το

¹³¹ Βλ. άρθρο 2 παρ.2 περ.γ' υποπερ.δδ' του Ν.4013/11, όπως τροποποιήθηκε με τη παράγραφο 5 του άρθρου 233 του Ν.4281/2014 (ΦΕΚ Α 160/8.8.2014), και με την περίπτωση α και β της παρ.2 του άρθρου 21 του Ν.4441/2016 (Α'227), «οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου». Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε «προθεσμία είκοσι (20) εργάσιμων ημερών» από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφαση της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον «εργάσιμες» ημέρες....

¹³² Βλ. αιτιολογική έκθεση του Ν.4013/2011.

κρίσιμο στοιχείο για την αποτελεσματικότητα της είναι ότι αποτελεί η ίδια ελεγκτικό μηχανισμό και έτσι μπορεί να γνωρίζει με χρονική αμεσότητα, λανθασμένες πρακτικές, καταχρηστική άσκηση κανονιστικών διατάξεων που διαστρεβλώνουν τον ανταγωνισμό και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, σημαντικές παραβιάσεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου που οδηγούν αφενός τους οικονομικούς φορείς σε καθεστώς ανασφάλειας δικαίου και σε συνεχή προσφυγή στην δικαιοσύνη με συνέπεια την καθυστέρηση υλοποίησης έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, αφετέρου δε τη χώρα σε παραπομπή λόγω παραβιάσεων κανόνων του ενωσιακού δικαίου ενώπιον των ευρωπαϊκών δικαστηρίων.

Το αυστηρότερο καθεστώς επιτήρησης και ελέγχου των διαδικασιών της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, φαίνεται καθ'όλα δικαιολογημένο, μιας και συνιστούν τους πλέον αδιαφανείς και αντιανταγωνιστικούς τρόπους ανάδειξης αναδόχου, με τα υψηλότερα επίπεδα υποκειμενικότητας και με τη μεγαλύτερη πιθανότητα εμφάνισης κρουσμάτων διαφθοράς. Η τήρηση της σχετικής διαδικασίας, δηλαδή, η υποβολή με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής του σχεδίου απόφασης με όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με αίτημα την παροχή της σύμφωνης γνώμης της Αρχής, συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως,¹³³ ενώ δεν χωρεί εκ των υστέρων έγκριση.¹³⁴

Το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα δεσμεύεται να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει η Αρχή που γνωμοδοτεί. Συνεπώς, η έκδοση σύμφωνης γνώμης από την ΕΑΑΔΗΣΥ προϋποθέτει ότι κατά το χρόνο υποβολής και εξέτασης του σχετικού αιτήματος, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης και βεβαίως δεν έχει προβεί στην ανάθεση της σύμβασης.¹³⁵ Σε περίπτωση λοιπόν που η ΕΑΑΔΗΣΥ γνωμοδοτήσει αρνητικά, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να μη προχωρήσει στην έκδοση απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης.

¹³³ Βλ. ΕΣ IV 3630/2013, 3631/2013, ΝΣΚ 262/2008.

¹³⁴ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ αποφάσεις 38/2013, 369/2013, 80/2012.

¹³⁵ Βλ. και ΕΑΑΔΗΣΥ Κατευθυντήρια Οδηγία 1/2013.

Η αρμοδιότητα αυτή της ΕΑΑΔΗΣΥ αποτελεί στην ουσία μια συμπληρωματική, προληπτικού χαρακτήρα, θεσμική εγγύηση διαφάνειας του εθνικού δικαίου. Ο έλεγχος της ΕΑΑΔΗΣΥ που αφορά την έκδοση απόφασης που εγκρίνει ή όχι την σύναψη σύμβασης μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, οδηγεί στην καθιέρωση, όπως δέχθηκε χαρακτηριστικά το Ελεγκτικό Συνέδριο,

ενός επιπλέον διοικητικού προσταδίου ελέγχου...[που]...κατατείνει αφενός στην ενίσχυση της διαφάνειας της προηγηθείσας διοικητικής διαδικασίας, καθόσον αφορά σε ειδικές περιπτώσεις ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων με προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, οι οποίες, λόγω του υψηλού κριτηρίου υποκειμενικότητας που ενέχουν, αποτελούν πεδίο αυξημένης επικινδυνότητας και επιλοχώρησης κρουσμάτων διαφθοράς, αφετέρου δύναται, ενόψει και των ειδικών χαρακτηριστικών των ως άνω υποβαλλόμενων συμβάσεων, να εξυπηρετεί το γενικότερο δημόσιο συμφέρον και να συμβάλει θετικά στην άσκηση του ελέγχου που θα διεξάγει μεταγενεστέρως, κατά συνταγματική επιταγή, το Ελεγκτικό Συνέδριο.¹³⁶

Θα μπορούσε βέβαια να θεωρηθεί, ότι οι ελεγκτικές αρμοδιότητες της Αρχής σε κάποιο σημείο ταυτίζονται με τον προσυμβατικό έλεγχο που είναι επιφορτισμένο το Ελεγκτικό Συνέδριο. Ωστόσο, όμως, μια προσεκτικότερη προσέγγιση αποκλείει αυτήν την εκτίμηση. Ο έλεγχος με τον οποίο επιφορτίστηκε από τον κοινό νομοθέτη η ΕΑΑΔΗΣΥ αφορά στην εν γένει νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας στα πλαίσια των κανόνων και αρχών του εθνικού και ενωσιακού νομοθέτη, με σκοπό την προστασία του εθνικού και κοινοτικού συμφέροντος. Πρόκειται για γενικότερο έλεγχο νομιμότητας που δεν μπορεί να ταυτίζεται με τον αντίστοιχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου που είναι έλεγχος επικεντρωμένος στο δημοσιονομικό γενικό συμφέρον, δηλαδή στον τομέα εκείνο του δημοσίου συμφέροντος που αφορά την προστασία των δημοσίων πόρων.¹³⁷

Δεν πρόκειται λοιπόν για έλεγχο που έχει το ίδιο αντικείμενο και ασκείται παράλληλα από τους δύο ελεγκτικούς μηχανισμούς, αλλά για ελέγχους με διαφορετική αφετηρία και διαφορετικό σκοπό σε σχέση με το προστατευόμενο έννομο αγαθό.¹³⁸ Έχει κριθεί ότι η άσκηση της γνωμοδοτικής αρμοδιότητας της ΕΑΑΔΗΣΥ, που ασκείται στο πλαίσιο της λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης

¹³⁶ Βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Απόφαση 4700/13.

¹³⁷ Δελλής, Γ. (2013). Το εύρος του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο. *Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου* 4/2013.

¹³⁸ Δετσαρίδης, Χρ. (2015). Η συγκέντρωση του διοικητικού αυτοελέγχου επί των δημοσίων συμβάσεων και η ΕΑΑΔΗΣΥ σε *Τιμητικός Τόμος για τα 50 χρόνια των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων*. Αθήνα: Σάκκουλας.

οφείλει να σέβεται τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τον έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, η οποία ασκείται στο πλαίσιο των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων του, με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο και ότι ως εκ τούτου η διατύπωση γνώμης από την Αρχή αυτή, δεν μπορεί να οδηγεί στην ματαίωση του ελεγκτικού έργου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, κρίνει, με αιτιολογημένη απόφασή της, ότι ο φάκελος μαζί με το σχέδιο της σύμβασης πρέπει να υποβληθεί στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Η απόφαση υπ' αριθμ. 506/2014 του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με οριακή πλειοψηφία έκανε δεκτό ότι,

...δεν αντιβαίνει κατά περιεχόμενο στο άρθρο 98 § 1 εδ. β' του Συντάγματος, καθόσον η καθιέρωση ενός επιπλέον διοικητικού προσαδίου ελέγχου, όπως είναι ο έλεγχος από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων...ουδόλως μεταβάλλει ή απομειώνει την ανατεθείσα από την ανωτέρω συνταγματική διάταξη αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου εφ' όλης της διαδικασίας σύναψης των συμβάσεων αυτών, δεδομένου ότι, αφ' ενός μεν κατατείνει στην ενίσχυση της διαφάνειας της προηγηθείσας διοικητικής διαδικασίας, αφ' ετέρου δε συμβάλλει θετικά στην άσκηση του ελέγχου που σε κάθε περίπτωση θα διεξαγάγει μεταγενεστέρως το Ελεγκτικό Συνέδριο, καθόσον αυτό δεν δεσμεύεται από τη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ κατά την άσκηση του συνταγματικά προβλεπόμενου προσυμβατικού του ελέγχου, ως εκ τούτου, στην περίπτωση που τηρήθηκε ο απαιτούμενος τύπος της γνωμοδότησης της ΕΑΑΔΗΣΥ, το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν εμποδίζεται να εξετάσει και να κρίνει εξ υπαρχής τη συνδρομή των προϋποθέσεων για τη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης και τη σύναψη, περαιτέρω, της συμπληρωματικής σύμβασης και φυσικά να διαφοροποιηθεί από την κρίση της ΕΑΑΔΗΣΥ και σε περίπτωση που το Ελεγκτικό Συνέδριο αποφανθεί, κατά τον προσυμβατικό έλεγχο, ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης, η σύμβαση μπορεί να υπογράψει ακόμα και χωρίς την σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ.¹³⁹

Πέραν των ανωτέρω, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους έκρινε ότι η διατύπωση γνώμης από την ΕΑΑΔΗΣΥ, έστω και αρνητική, σχετικά με τη νομιμότητα της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δεν μπορεί να οδηγεί στη ματαίωση του ελεγκτικού έργου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφ' όσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει με αιτιολογημένη απόφασή της ότι ο φάκελος μαζί με το σχέδιο της σύμβασης πρέπει να υποβληθεί σε αυτό και ότι στην περίπτωση αυτή το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν κωλύεται να εξετάσει και να κρίνει εξ υπαρχής τη συνδρομή των προϋποθέσεων για τη νόμιμη προσφυγή στη διαδικασία αυτή. Επομένως, τυχόν αρνητική γνώμη της Αρχής, δεν εμποδίζει την

¹³⁹ Βλ. ΕΣ 506/2014 Μείζονος Επταμελούς, 3003/2014 Τμ. VI Β' Διακοπών, ΕΑ ΣτΕ 274/2015 με αναφορά στη νομολογία αυτή.

αναθέτουσα αρχή να υπογράψει τη σύμβαση για την οποία ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου απέβη θετικός.¹⁴⁰

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση κατά την οποία η Αρχή χορηγεί σύμφωνη γνώμη και στην συνέχεια, κατά τον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου διαπιστωθεί ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης για λόγο ο οποίος κρίθηκε νόμιμος από την Αρχή. Ωστόσο εκ πρώτης όψεως δεν δημιουργείται κάποιο ζήτημα αμφισβήτησης των δύο ελεγκτικών οργάνων, αφού ο έλεγχος του Δημοσιονομικού Δικαστηρίου έπεται και μπορεί να αμφισβητήσει την ελεγχθείσα νομιμότητα από την Αρχή. Έτσι, η θετική σύμφωνη γνώμη της Αρχής από μόνη της δεν δεσμεύει το Δημοσιονομικό Δικαστήριο. Είναι πράξη που εντάσσεται στη γενικότερη ελεγκτική διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων, η οποία μπορεί να κριθεί διαφορετικά από το Ελεγκτικό Συνέδριο (Δετσαρίδης, 2015).

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι ελεγκτικές αρμοδιότητες της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων κινούνται παράλληλα με τις αντίστοιχες του Ανώτατου Δημοσιονομικού Δικαστηρίου. Στο προσυμβατικό επίπεδο ο έλεγχος της Αρχής αναφέρεται στην παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος των αναθετουσών αρχών για υπαγωγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Πρόκειται για ένα στάδιο της διοικητικής διαδικασίας που προηγείται του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο και για το οποίο ο ίδιος ο νομοθέτης για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ρητά επέβαλε ως ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Ως εκ τούτου, ειδικά για την περίπτωση αυτή δεν τίθεται θέμα αμφισβήτησης ή εμπλοκής των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων του Δικαστηρίου και της Αρχής.

4.8. Ευρήματα σχετικά με την εφαρμογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση

Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού καθιερώνει έναν «αντισυμβατικό» τρόπο επιλογής αναδόχου και ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Δεν αποτελεί είδος δημόσιου διαγωνισμού, αλλά είδος ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με ορισμένες προϋποθέσεις οι οποίες περιγράφονται στο κείμενο του νόμου.

¹⁴⁰ Βλ. ΝΣΚ, γνωμοδότηση αρ. 73/2017.

Σε σχετικά έγγραφα και εκθέσεις αρμοδίων οργάνων (Ευρωπαϊκή Επιτροπή 2014, Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο 2015, ΟΑΣΑ 2014, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2018 κ.α.), οι απευθείας αναθέσεις δημοσίων συμβάσεων χαρακτηρίζονται ως μία από τις συχνότερες αιτίες πλημμελούς εφαρμογής ή έλλειψης ασφάλειας δικαίου κατά το σχεδιασμό και την προετοιμασία του κύκλου ζωής της δημόσιας σύμβασης.

Σύμφωνα με Ειδική Έκθεση του Ευρωπαϊκού Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι απευθείας αναθέσεις, αποτελούν χρόνια και σημαντική πηγή σφαλμάτων κατά τη φάση που προηγείται της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς «*οι αναθέτουσες αρχές είχαν παραλείψει παντελώς την κίνηση της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων, προβαίνοντας σε απευθείας ανάθεση σε περιπτώσεις που έπρεπε να είχε διεξαχθεί διαδικασία σύναψης συμβάσεων*» ενώ, κατά τη συστηματική ανάλυση των σφαλμάτων, στην ίδια ως άνω έκθεση, αναδείχθηκε ως σημαντικό σφάλμα «*ο περιορισμένος ανταγωνισμός λόγω αδικαιολόγητης επίκλησης του λόγου επείγουσας ανάγκης*».

Επιπροσθέτως και σύμφωνα με την έκθεση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (2014) για την καταπολέμηση της διαφθοράς, καθώς ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων κρίνεται ιδιαίτερα ευάλωτος σε πρακτικές διαφθοράς, η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης αποτελεί το είδος της διαδικασίας που πλήττεται περισσότερο από παρατυπίες και διαπιστώνεται η αδικαιολόγητη χρήση της. Ειδικότερα τα προβλήματα που παρουσιάστηκαν συχνότερα αφορούσαν και την αδικαιολόγητη χρήση των διαδικασιών έκτακτης ανάγκης (κατεπίγειν). Καταδεικνύεται επίσης στα ευρήματα της Έκθεσης ότι υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες η άμεση ανάθεση γίνεται με σκοπό την αποφυγή των υποχρεώσεων της ανταγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικά δε στο Κεφάλαιο της Έκθεσης με τις πληροφορίες ανά χώρα, στο σημείο που αφορά στην Ελλάδα ¹⁴¹ για τη διαφθορά, οι ερωτηθέντες απάντησαν ότι μεταξύ των ακολουθούμενων πρακτικών, η κατάχρηση των διαδικασιών με διαπραγμάτευση και κατάχρηση λόγων έκτακτης ανάγκης για την αποφυγή ανταγωνιστικών διαδικασιών είναι ευρέως διαδεδομένες στις δημόσιες συμβάσεις κατά ποσοστό 75% και 72% αντιστοίχως. Σημειωτέον ότι τα ποσοστά αυτά είναι μεταξύ των υψηλότερων ποσοστών στην ΕΕ.

¹⁴¹ Βλ. European Commission. (2014). *Έκθεση της ΕΕ για την καταπολέμηση της διαφθοράς*.

Ανακτήθηκε από https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0008.04/DOC_2&format=PDF. Εκεί παρουσιάζεται έρευνα του Ευρωβαρόμετρου, 2013.

Στην Έκθεση σημειώνεται ακόμη ότι:

Ενώ η χρήση των διαδικασιών με διαπραγμάτευση και η άμεση ανάθεση δικαιολογείται σε ορισμένες περιπτώσεις, υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες αυτό γίνεται με σκοπό την αποφυγή των υποχρεώσεων της ανταγωνιστικής διαδικασίας. Σε ορισμένα κράτη μέλη, η χρήση μη ανταγωνιστικών διαδικασιών υπερβαίνει κατά πολύ τον μέσο όρο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η αδικαιολόγητη χρήση των διαδικασιών με διαπραγμάτευση, αυξάνει επίσης τον κίνδυνο των πρακτικών διαφθοράς. Επιδιώκοντας την καταπολέμηση του κινδύνου της καταχρηστικής χρήσης των διαδικασιών με διαπραγμάτευση ή απευθείας ανάθεση, ορισμένα κράτη μέλη θέσπισαν τη νομική υποχρέωση της εκ των προτέρων κοινοποίησης στους φορείς εποπτείας ή αξιολόγησης των δημοσίων συμβάσεων των διαδικασιών με διαπραγμάτευση χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού.¹⁴²

Η ΕΑΑΔΗΣΥ, η Αρχή η οποία είναι αρμόδια για την παροχή σύμφωνης γνώμης οποτεδήποτε αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς επιθυμούν να προσφύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη προκήρυξη κατά τα άρθρα 32 και 269 του ν. 4412/2016, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, κατά το έτος 2018, εξέδωσε συνολικά εκατόν σαράντα δύο (142) γνώμες, που αφορούν σε αιτήματα για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών και έργων. Οι γνώμες αυτές με βάση τις ρυθμίσεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 αφορούσαν:

- άρθρο 32.2.α (έπειτα από ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη υποβολής προσφορών ή υποβολής ακατάλληλων προσφορών) - Ποσοστό 62,68%,
- άρθρο 32.2.γ (για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτη περίπτωση) – Ποσοστό 14,08%
- άρθρο 32.2.β (λόγω απουσίας ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους, αποκλειστικών δικαιωμάτων/διανοητικής ιδιοκτησίας) - Ποσοστό 7,04%
- άρθρο 32.6 (επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που συμφωνούν με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία συνήφθη με ανοικτή ή κλειστή διαδικασία)- Ποσοστό 1,41%
- άρθρο 269.γ.γγ (απουσία ανταγωνισμού για τεχνικούς λόγους, λόγους αποκλειστικών δικαιωμάτων/διανοητικής ιδιοκτησίας) – Ποσοστό 0,77%
- άρθρο 32.4.α (έρευνα-ανάπτυξη) Ποσοστό 0,7%

Από το σύνολο των ως άνω αιτημάτων, παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της σε εκατόν δεκατρείς (113) περιπτώσεις, σε τέσσερις (4) παρείχε εν μέρει σύμφωνη γνώμη, σε δεκατέσσερις (14) περιπτώσεις διαπίστωσε ότι δεν συνέτρεχαν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σε εννέα (9) περιπτώσεις διαπίστωσε ότι η εξέταση του αιτήματος δεν ενέπιπτε στην αρμοδιότητά

¹⁴² Στο ίδιο, σ. 32.

της, ενώ σε δύο (2) περιπτώσεις διαπιστώθηκε η παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που προβλέπει την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της, ενώ στο συνολικό αριθμό γνωμών περιλαμβάνεται και μία (1) που εκδόθηκε μετά από αίτηση θεραπείας αναθέτουσας αρχής, με την οποία ζητήθηκε η επανεξέταση του αιτήματός της.¹⁴³

Επίσης η ΕΑΑΔΗΣΥ στην Έκθεσή παρακολούθησης Δημοσίων Συμβάσεων για την Ελλάδα κατά το έτος 2017 την οποία απέστειλε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή αναφέρει μεταξύ άλλων ότι:

- βάσει αποφάσεων της Αρχής επί αιτημάτων παροχής σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, από την εξέταση των σχετικών αιτημάτων προκύπτει ότι τα συχνότερα προβλήματα ανακύπτουν κατά την αξιολόγηση της προϋποθέσεων των «απρόβλεπτων γεγονότων» και της «τεχνικής μοναδικότητας» και
- βάσει επεξεργασίας 195 αποφάσεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το έτος 2017 η «προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» έχει απασχολήσει το Ελεγκτικό Συνέδριο σε 6 αποφάσεις από τις 195.¹⁴⁴

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 ανήκει στις νομικές ρυθμίσεις που φαίνεται να εμφανίζουν σημαντικά προβλήματα εφαρμογής και ένα από τα διαρθρωτικά ή επαναλαμβανόμενα προβλήματα στην εφαρμογή των κανόνων των δημοσίων συμβάσεων, καθώς η έλλειψη ασφαλούς οριοθέτησης του διαδικαστικού πλαισίου διεξαγωγής της διαδικασίας, επιτείνει τους κινδύνους ευνοιοκρατίας και καταχρηστικών συμπεριφορών εκ μέρους των δημοσίων αρχών.

¹⁴³ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). *Ετήσια Έκθεση πεπραγμένων 2018*. Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/2018_Ekthesi_Pepragmenon_EAADHSY.pdf.

¹⁴⁴ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). Έκθεση παρακολούθησης του συστήματος των Δημοσίων Συμβάσεων έτους 2017. Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20180717-PP_MONITORING_REPORT_2017.pdf.

Κεφάλαιο 5. Η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης

Όπως αναφέρεται και στο κεφάλαιο 3, η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης και η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης προσεγγίζουν τόσο πολύ η μια με την άλλη ώστε μέρος της θεωρίας και της νομολογίας τείνει να τις εξομοιώνει.

Αν και από τον συνδυασμό των διατάξεων του Βιβλίου I του ν. 4412/2016 προκύπτει σαφώς ότι η περίπτωση της ανάθεσης της σύμβασης με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης του άρθρου 32 διακρίνεται από εκείνη της απευθείας ανάθεσης του άρθρου 118, ωστόσο πρόκειται και στις δύο περιπτώσεις για διαδικασίες στις οποίες δεν τηρούνται κανόνες εκ των προτέρων δημοσιότητας και άρα συνήθως αποκλείεται οποιαδήποτε έννοια ανταγωνιστικής διαδικασίας (Ράικος, Βλάχου & Σαββίδη, 2018).

5.1. Η προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης του άρθρου 118

Το άρθρο 118 του ν. 4412/2016 ρυθμίζει τους όρους προσφυγής στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης και θέτει ελάχιστες υποχρεώσεις εκ των υστέρων δημοσιότητας. Σύμφωνα με την περίπτωση (31) της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του νόμου, ως «*απευθείας ανάθεση*» νοείται η διαδικασία ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν στον οικονομικό φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 118 και στο άρθρο 328 για τις συμβάσεις του Βιβλίου II του ν.4412/2016.

Υπό το προγενέστερο καθεστώς, διατάξεις που επέτρεπαν την απευθείας ανάθεση υπό παρεμφερείς όρους (τήρηση εθνικών κατωφλίων), περιλαμβάνονταν σε διάσπαρτα νομοθετήματα, όπως στο άρθρο 83 του ν. 2362/1995, στο άρθρο 133 του ν. 4270/2014, στο άρθρο 2 παρ. 12 (δ) του ν. 2286/1995, στο άρθρο 28 του ν. 3669/2008, στο άρθρο 128 του ν. 4281/2014, στο άρθρο 10 του ν. 3316/2005, στο άρθρο 209 παρ. 3 του ν. 3463/2006.

Η διαδικασία της έρευνας αγοράς και η διαβούλευση που αναφέρεται στον ανωτέρω ορισμό της απευθείας ανάθεσης, αποσκοπεί στην διαπίστωση του επιπέδου του ανταγωνισμού σε ορισμένη αγορά και αποτελεί ενέργεια στην οποία προβαίνει το αρμόδιο όργανο πριν την αποστολή της πρόσκλησης για υποβολή προσφοράς.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, οδηγία 19.

Η προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη των 20.000 ευρώ. Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι, για την εφαρμογή της διάταξης αυτής, ο υπολογισμός του ως άνω ποσού διενεργείται υποχρεωτικά με τις μεθόδους και τους κανόνες του άρθρου 6 του νόμου.

Ειδικότερα, με τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 3, απαγορεύεται η τεχνητή κατάτμηση της σύμβασης για την αποφυγή της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως για παράδειγμα ο επιμερισμός επί σύμβασης προμήθειας της συνολικής ποσότητας των ζητούμενων όμοιων ή ομοειδών αγαθών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή μερικότερες κατηγορίες, και, στη συνέχεια, η χωριστή απευθείας ανάθεση των αντίστοιχων τμηματικών προμηθειών, καθόσον, με τον τρόπο αυτό της κατάτμησης της δαπάνης, επιχειρείται, κατά περιγραφή των οικείων διατάξεων, η μη τήρηση των διατυπώσεων του τακτικού ή του συνοπτικού, ανάλογα με την περίπτωση, διαγωνισμού.¹⁴⁶

Οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας έχουν την ευχέρεια να απευθύνονται σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους. Περαιτέρω, η ευχέρεια αυτή δεν αποκλείει την πιθανότητα άλλος οικονομικός φορέας να υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξετάσει και αυτή την προσφορά.

Στην παράγραφο 2 προβλέπεται, σε συνέπεια προς την ανάγκη της απλοποίησης και της επιτάχυνσης των διαδικασιών διενέργειας απευθείας ανάθεσης, ότι γι' αυτήν δεν απαιτείται η συγκρότηση συλλογικού οργάνου.

Στις παραγράφους 3 και 4 για λόγους διαφάνειας και ασφάλειας δικαίου, προβλέπεται ρητώς η υποχρέωση σχετικής καταχώρισης της απόφασης ανάθεσης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και αναφέρονται τα στοιχεία τα οποία, επί ποινή ακυρότητας της σύμβασης, πρέπει να περιέχονται σε αυτήν. Συγκεκριμένα η καταχωριστέα στο ΚΗΜΔΗΣ απόφαση απευθείας ανάθεσης πρέπει να περιλαμβάνει τουλάχιστον:

- α) την επωνυμία και τα στοιχεία επικοινωνίας της αναθέτουσας αρχής,
- β) περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης και της αξίας της,
- γ) όνομα και στοιχεία επικοινωνίας του οικονομικού φορέα στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση,
- δ) κάθε άλλη πληροφορία που η αναθέτουσα αρχή κρίνει απαραίτητη.

¹⁴⁶ Βλ. Πρακτικ. Ολομ.ΕΣ 14ης ΓενΣυν/20-6-2012 ΘΠΔΔ 2012.

Αξίζει να σημειωθεί πως αν παραβιασθεί η υποχρέωση της παρ. 3, η σύμβαση είναι αυτοδίκαια άκυρη.

Η αναθέτουσα αρχή, μετά την έκδοση της απόφασης ανάθεσης, οφείλει να προβεί στην ανωτέρω δημοσίευση (εκ των υστέρων δημοσιότητα), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 38, παράγραφος 3 υπό την επιφύλαξη της παραγράφου 3 του άρθρου 379.

Τα άρθρα 6 και 8 της με αρ. 57654/2017 Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης με τίτλο «*Ρύθμιση ειδικότερων θεμάτων λειτουργίας και διαχείρισης του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ)*» διευκρίνισαν ότι στο ΚΗΜΔΗΣ καταχωρίζονται και οι τυχόν τροποποιήσεις των αποφάσεων ανάθεσης ή κατακύρωσης και λαμβάνουν νέο ΑΔΑΜ. Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε υπό το άρθρο 38, μεταξύ των στοιχείων που καταχωρίζονται στο ΚΗΜΔΗΣ στην περίπτωση διαδικασία απευθείας ανάθεσης δεν περιλαμβάνεται η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς προς τους οικονομικούς φορείς, η οποία σηματοδοτεί κατά το άρθρο 120 παρ. 3, το χρόνο έναρξης της διαδικασίας αυτής. Η εξαίρεση αυτή προβλέφθηκε ρητά με την παρ. 32 του άρθρου 22 του ν. 4441/2016.

Στην παράγραφο 5, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, προβλέπονται πρόσθετες ειδικές προϋποθέσεις, επί ποινή ακυρότητας της σύμβασης, για την προσφυγή στη διαδικασία απευθείας ανάθεσης. Πιο συγκεκριμένα, για την προσφυγή σε αυτήν την διαδικασία για τις παραπάνω συμβάσεις, ορίζονται τα ακόλουθα:

- α) η κάθε αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης της παραγράφου 1 δημοσιεύει, μία φορά κατ' έτος και για διάστημα είκοσι ημερών, πρόσκληση για την κατάρτιση καταλόγων ενδιαφερομένων ανά κατηγορίες έργων/μελετών. Στην πρόσκληση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από τους ενδιαφερόμενους να πληρούν απαιτήσεις ειδικής τεχνικής ικανότητας, για την εγγραφή τους στους καταλόγους. (*Ειδική διαδικασία εκ των προτέρων δημοσιότητας*).
- β) στους καταλόγους εγγράφονται τουλάχιστον τρεις (3) ενδιαφερόμενοι, διαφορετικά ο κατάλογος δεν ισχύει. Ωστόσο με την παράγραφο 9 του άρθρου 79 του ν. 4530/2018 προβλέφθηκε μία εξαίρεση για την περίπτωση ορεινών ή νησιωτικών δήμων. Συγκεκριμένα ορίζεται ότι όταν έπειτα από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής δεν είναι δυνατή η κατάρτιση καταλόγου

με τουλάχιστον τρεις (3) οικονομικούς φορείς, τότε η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών χωρίς κλήρωση.

- γ) Για την επιλογή του αναδόχου διενεργείται δημόσια ηλεκτρονική κλήρωση από επιτροπή που ορίζεται από την αναθέτουσα αρχή, μεταξύ αυτών που περιλαμβάνονται στον ανωτέρω κατάλογο. *(ειδική εκ των υστέρων δημοσιότητα)*
- δ) Η σύμβαση υπογράφεται με τον ανάδοχο που αναδεικνύεται με τη διαδικασία της ηλεκτρονικής κλήρωσης. Για την υπογραφή της σύμβασης απαιτείται σχετική αναγγελία του αποτελέσματος της ηλεκτρονικής κλήρωσης και των στοιχείων της σύμβασης (ποσά σύμβασης, ανάδοχος κ.λπ.), η οποία αποστέλλεται προς δημοσίευση στην ιστοσελίδα του Τ.Ε.Ε. δέκα (10) τουλάχιστον ημέρες πριν από την υπογραφή.
- ε) Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης αποτελεί το ανώτατο όριο της συμβατικής αμοιβής του αναδόχου.¹⁴⁷ Μετά την υπογραφή της σύμβασης, ο ανάδοχος διαγράφεται υποχρεωτικά από τον κατάλογο της ηλεκτρονικής κλήρωσης και δεν συμμετέχει στις επόμενες κληρώσεις του έτους. Με βάση την διάταξη αυτή, μπορούν να ανατεθούν από κάθε αναθέτουσα αρχή κατ' έτος, μία ή περισσότερες συμβάσεις, συνολικού προϋπολογισμού μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) των πιστώσεων της αναθέτουσας αρχής κατ' έτος, για ανάθεση συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, αντίστοιχα.

Στην παράγραφο 6 ορίζεται ότι για την εφαρμογή της παραγράφου 5 αναπτύσσεται στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, ένα Κεντρικό Ηλεκτρονικό Σύστημα Κληρώσεων (Κ.Η.Σ.Κ.), μέσω του οποίου διενεργούνται υποχρεωτικά οι ηλεκτρονικές κληρώσεις της παραγράφου 5. Το ΚΗΣΚ αποσκοπεί στην αξιόπιστη, αντικειμενική και με όρους εμπιστοσύνης και διαφάνειας διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης των εν λόγω δημοσίων συμβάσεων

¹⁴⁷ Βλ. ΔΕφ Πειρ. 2193/2018, κατά την οποία η υπέρβαση από την αναθέτουσα του εν λόγω ποσού με την απευθείας ανάθεση προμήθειας δεν την απαλλάσσει από την εξόφληση του τιμολογίου παράδοσης των αγαθών, όταν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ούτε η εκ μέρους της αναθέτουσας παραβίαση της σχετικής διάταξης (του άρθρου 118 παρ. 1 του ν. 4412/2016) από πρόθεση ούτε η γνώση ή η συνδρομή της ενάγουσας εταιρίας στην παρανομία αυτή.

έργων. Ταυτόχρονα παρασχέθηκε εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη, να ρυθμίσει τα ειδικότερα ζητήματα που αφορούν στη λειτουργία και διαχείριση του ως άνω ηλεκτρονικού συστήματος. Πράγματι, κατ' εξουσιοδότηση της διάταξης αυτής, εκδόθηκε η με αρ. ΔΝΣγ/οικ 15299/ΦΝ 466/2017 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών με τίτλο «*Κεντρικό Ηλεκτρονικό Σύστημα Κληρώσεων για Δημόσιες Συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών*», στην οποία ρυθμίστηκαν τα ειδικότερα ζητήματα της επιχειρησιακής λειτουργίας του ΚΗΣΚ. Ειδικότερα, στο άρθρο 4.2 ορίζεται η λεπτομερής διαδικασία που ακολουθείται μετά την ολοκλήρωση των διαδικασιών της παραγράφου 5 του άρθρου 118 του ν. 4412/2016, ήτοι μετά τη δημοσίευση από την κάθε αναθέτουσα αρχή, μία φορά κατ' έτος και για διάστημα είκοσι ημερών, πρόσκλησης για κατάρτιση καταλόγων ενδιαφερομένων ανά κατηγορίες.

5.2. Αναθέσεις συμβάσεων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 118 περί απευθείας αναθέσεων

Σύμφωνα με το άρθρο 109 Α του ν. 4412/2016 (άρθρο 43 του ν. 4605/2019-Τροποποίηση διατάξεων του ν. 4412/2016), η ανάθεση συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες του άρθρου 107 (άρθρα 74 και 76 παράγραφος 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) των οποίων η εκτιμώμενη αξία είναι έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, γίνεται σύμφωνα με όσα αναφέρονται στις παραγράφους 1 έως 4 του άρθρου 118.

Σύμφωνα με την παράγραφο 6 του άρθρου 119 περί «*Συμβάσεων ενεργειών τεχνικής βοήθειας*», στην περίπτωση συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών, οι οποίες αφορούν σε ενέργειες τεχνικής βοήθειας των συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων του ΕΣΠΑ, του Ε.Ο.Χ. ή άλλων ενωσιακών ή διεθνών προγραμμάτων ή/και ταμείων, καθώς και των τομεακών, περιφερειακών και ειδικών προγραμμάτων του ΕΠΑ, η σύναψη αυτών κατά το άρθρο 118, χωρεί με αιτιολογημένη απόφαση του προϊσταμένου της αρμόδιας για την εκτέλεση των ενεργειών τεχνικής βοήθειας υπηρεσίας. Το σχετικό συμφωνητικό όπου απαιτείται υπογράφεται από αυτόν. Επίσης, σύμφωνα με την παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου, σε περίπτωση συμβάσεων υπηρεσιών, οι οποίες αφορούν σε ενέργειες ωρίμανσης των συγχρηματοδοτούμενων πράξεων του ΕΣΠΑ, του ΕΟΧ ή άλλων ενωσιακών ή διεθνών προγραμμάτων ή/και ταμείων, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία δεν υπερβαίνει τα όρια της παραγράφου

1 του άρθρου 118 του παρόντος, η διαδικασία ανάθεσης γίνεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 1 έως 4 του άρθρου 118.

Κεφάλαιο 6. Covid-19. Ένα πεδίο δοκιμασίας της εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32.2.γ. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Η εξάπλωση της επιδημίας του κορονοϊού COVID-19 και τα έκτακτα μέτρα που έχουν ληφθεί τις τελευταίες εβδομάδες για την αντιμετώπισή του, έχουν επηρεάσει εκτός από την καθημερινότητα των ανθρώπων και την παγκόσμια οικονομία, δημιουργώντας μια νέα πραγματικότητα αυξημένης αβεβαιότητας και ανασφάλειας, μέσα στην οποία δημόσιες υπηρεσίες και επιχειρήσεις καλούνται να λειτουργήσουν. Ο αντίκτυπος της πανδημίας δεν έχει αφήσει ανεπηρέαστο και το πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Όπως αναφέρεται και στην Κατευθυντήρια οδηγία 24 ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία εκδόθηκε στις 15/4/2020,

αφενός έχουν δημιουργηθεί στις αναθέτουσες αρχές και, ιδίως, στους φορείς παροχής υπηρεσιών υγείας, επιτακτικές ανάγκες και αυξημένη ζήτηση για άμεση προμήθεια υγειονομικού και φαρμακευτικού υλικού, καθώς και ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για την αντιμετώπιση των συνεπειών της νόσου και την αποτροπή περαιτέρω διάδοσής της, αφετέρου έχουν ενσκήψει σοβαρές δυσχέρειες στις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και, ιδίως, ως προς τον ορθό και έγκαιρο προγραμματισμό των αναγκών, την απρόσκοπτη υλοποίηση εκκρεμών διαδικασιών ανάθεσης, καθώς και την άρτια εκτέλεση συμβάσεων, οι οποίες είχαν ήδη συναφθεί, πριν από τη λήψη και εφαρμογή έκτακτων μέτρων για την αποτροπή της διασποράς της νόσου.

Στις συνθήκες αυτές, τόσο οι αναθέτουσες αρχές όσο και οι οικονομικοί φορείς, βαδίζουν σε "άχαρτογράφητα νερά" ως προς τη διαδικασία που οφείλουν να ακολουθήσουν για τη σύννομη εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας ή την εκπλήρωση των συμβατικών τους υποχρεώσεων, καθώς εκτός από την υπάρχουσα ενωσιακή και εθνική νομοθεσία οι οποίες προβλέπουν «Το Κατεπείγον», εισάγονται τώρα και ρυθμίσεις μέσω Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου «κατά παρέκκλιση της εθνικής νομοθεσίας».

Η επέλαση του κορονοϊού έχει αδιαμφισβήτητα ενεργοποιήσει την εφαρμογή στο πλαίσιο των συμβατικών ενοχών, των εννοιών της "ανωτέρας βίας" και των "κατεπειγόντων λόγων που οφείλονται σε απρόβλεπτα γεγονότα".

Λόγω της υγειονομικής αυτής κρίσης, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε την Ανακοίνωση με αριθμ. 2020/C 108 I/01 με θέμα: «Οδηγίες από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετικά με τη χρήση του πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις στην κατάσταση έκτακτης ανάγκης που σχετίζεται με την κρίση της νόσου COVID-19.», με την οποία παρέχονται διευκρινίσεις ως προς τις επιλογές και τις δυνατότητες ευελιξίας που είναι διαθέσιμες στο θεσμικό πλαίσιο της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.

Η Ελληνική Πολιτεία με την σειρά της, στην προσπάθεια να διαχειριστεί τις σημαντικές επιπτώσεις από τη διασπορά του κορονοϊού COVID-19, προέβη σε

έκτακτη νομοθέτηση, με Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου, σε επιμέρους διατάξεις των οποίων ρυθμίζονται ζητήματα δημοσίων συμβάσεων.

Οι Π.Ν.Π. οι οποίες εκδόθηκαν είναι οι εξής:

1. η Π.Ν.Π. *"Κατεπείγοντα μέτρα αποφυγής και περιορισμού της διάδοσης κορωνοϊού"* (ΦΕΚ Α' 42/25-02-2020), στο άρθρο τρίτο της οποίας ρυθμίζονται ζητήματα δημοσίων συμβάσεων,
2. η Π.Ν.Π. *"Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του"* (ΦΕΚ Α' 55/11-03-2020), στα άρθρα 8, 10, 12, 13, 14 και 16 της οποίας ρυθμίζονται ζητήματα δημοσίων συμβάσεων,
3. η Π.Ν.Π. *"Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19"* (ΦΕΚ Α' 64/14-03-2020), στα άρθρα δεύτερο, τρίτο, έβδομο, δωδέκατο, δέκατο όγδοο, εικοστό τέταρτο, εικοστό έκτο, εικοστό έβδομο και τριακοστό της οποίας περιλαμβάνονται διατάξεις, με τις οποίες ρυθμίζονται ζητήματα δημοσίων συμβάσεων,
4. η Π.Ν.Π. *"Κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, τη στήριξη της κοινωνίας και της επιχειρηματικότητας και τη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της αγοράς και της δημόσιας διοίκησης"* (ΦΕΚ Α' 68/20-03-2020), στα άρθρα δέκατο τέταρτο, τριακοστό τέταρτο, τριακοστό πέμπτο, τριακοστό έβδομο, τεσσαρακοστό τέταρτο, πενηκοστό πρώτο, πενηκοστό ένατο, εξηκοστό, εξηκοστό τέταρτο και εξηκοστό πέμπτο της οποίας ρυθμίζονται ζητήματα δημοσίων συμβάσεων,
5. η Π.Ν.Π. *"Μέτρα αντιμετώπισης της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19 και άλλες κατεπείγουσες διατάξεις"* (ΦΕΚ Α' 75/30-03-2020), στα άρθρα δέκατο πέμπτο, εικοστό έκτο, τριακοστό τέταρτο, τεσσαρακοστό, τεσσαρακοστό τρίτο, τεσσαρακοστό τέταρτο, τεσσαρακοστό πέμπτο, πενηκοστό, πενηκοστό πέμπτο, εξηκοστό δεύτερο, εξηκοστό πέμπτο της οποίας, περιλαμβάνονται διατάξεις δημοσίων συμβάσεων, καθώς και
6. η Π.Ν.Π. *"Μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεχιζόμενων συνεπειών της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19 και άλλες κατεπείγουσες διατάξεις"* (ΦΕΚ Α' 84/13-04-2020), στο άρθρο τεσσαρακοστό πρώτο της οποίας περιλαμβάνονται κατ' εξαίρεση διατάξεις δημοσίων συμβάσεων.

Η ΕΑΑΔΗΣΥ με την σειρά της, εξέδωσε την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 24 (Απόφαση 01/15-04-2020 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με θέμα *"Ειδικά ζητήματα ανάθεσης και διαχείρισης δημοσίων συμβάσεων, στο πλαίσιο της αντιμετώπισης της υγειονομικής κρίσης του ιού COVID-19, καθώς και των μέτρων για την αποτροπή της διασποράς του"* με σκοπό την ορθή εφαρμογή αφενός των δυνατοτήτων που παρέχονται από τις διατάξεις των ενωσιακών Οδηγιών, όπως αυτές έχουν ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο (ν. 4412/2016) και αφετέρου των ειδικών ή εξαιρετικών, περιορισμένου χρόνου ισχύος, ρυθμίσεων των παραπάνω Π.Ν.Π.

6.1. Η Κατευθυντήρια Οδηγία 24 της ΕΑΑΔΗΣΥ σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 32.2.γ, την απ'ευθείας ανάθεση και τα ζητήματα που εγείρονται με τις Π.Ν.Π.

Στην κατευθυντήρια αυτή οδηγία γίνεται αναφορά κατ'αρχάς στις δυνατότητες που παρέχει ο ν. 4412/2016, στην περίπτωση των «επείγουσών καταστάσεων δέοντως αιτιολογημένων», για σύντμηση των ελάχιστων γενικών προθεσμιών στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες. Οι συντμήσεις αυτές επιτρέπουν την ταχεία ανάθεση των συμβάσεων, ενώ παράλληλα η χρήση «επιστευσμένης» ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας συνάδει με τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και διασφαλίζει την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού ακόμη και σε επείγουσες καταστάσεις.

Στην περίπτωση όπου ενδεχομένως ούτε οι παραπάνω επιστευμένες διαδικασίες μπορούν να αντιμετωπίσουν τις κατεπείγουσες ανάγκες, ιδίως των φορέων παροχής υγειονομικών υπηρεσιών, η ΕΑΑΔΗΣΥ αναφέρει την επολογή που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές να καταφύγουν στην Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (προκήρυξης) για εξαιρετικά επείγουσες καταστάσεις. Επισημαίνεται ότι η προσφυγή στη διαδικασία αυτή, και δεδομένου ότι οι αναθέτουσες αρχές παρεκκλίνουν εν προκειμένω από τη βασική αρχή της Συνθήκης σχετικά με τη διαφάνεια, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο απαιτεί η χρήση της διαδικασίας αυτής να γίνεται κατ' εξαίρεση. Όλες οι προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και να ερμηνεύονται συσταλτικά.

6.1.1. Σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 32.2.γ «Το Κατεπείγον». Το ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, όπως αναλύεται και στο κεφάλαιο 4.1.3. της παρούσης, προβλέπει για την αντιμετώπιση απρόβλεπτων περιστάσεων, την ενεργοποίηση ρήτρας «δικαίου της ανάγκης». Στην Οδηγία

2014/24/ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις τέτοια ρύθμιση αποτελεί το άρθρο 32.2.γ που έχει ενσωματωθεί με το ταυτάριθμο άρθρο του ν. 4412/2016, το οποίο προβλέπει τη δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτη κατάσταση, υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις του άρθρου αυτού (μόνο στο απολύτως απαραίτητο μέτρο και υπό τον όρο ότι η κατεπείγουσα κατάσταση δεν οφείλεται σε έλλειψη επιμέλειας της αναθέτουσας αρχής).

Στην κατευθυντήρια οδηγία τονίζεται ότι οι προϋποθέσεις που απαιτούνται δεν είναι δυνατό να καθίστανται περισσότερο ελαστικές δυνάμει εθνικής ρύθμισης, τουλάχιστον ως προς τις συμβάσεις άνω των ορίων, το δε βάρος απόδειξης ότι συντρέχουν πράγματι οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει εκείνος που τις επικαλείται (Α14/2020 Γνώμη της Αρχής, σελ. 44). Κάθε αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει να αξιολογεί, κατά πόσον πληρούνται οι σωρευτικές προϋποθέσεις για τη χρήση της εν λόγω «διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» και οφείλει να συντάσσει χωριστή έκθεση, στην οποία θα πρέπει να αιτιολογεί την απόφασή της να επιλέξει αυτή τη διαδικασία ή να περιλαμβάνει τις σχετικές πληροφορίες και αιτιολόγηση στο έντυπο «γνωστοποίηση συναφθείσας σύμβασης», το οποίο οφείλει να αποστέλλει για κάθε σύμβαση άνω των ορίων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στα άρθρα 64 και 294 του ν. 4412/2016. Κατά την αξιολόγηση κάθε μεμονωμένης περίπτωσης πρέπει να πληρούνται σωρευτικά τα ακόλουθα κριτήρια:

Γεγονότα, τα οποία η υπόψη αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει. Οι ιδιαίτερες ανάγκες σε νοσοκομεία και άλλα ιδρύματα υγείας που παρέχουν υπηρεσίες περίθαλψης, σε εξοπλισμό ατομικής προστασίας, αναπνευστήρες, πρόσθετες κλίνες, καθώς και σε πρόσθετες υποδομές εντατικής θεραπείας και νοσοκομειακής περίθαλψης, συμπεριλαμβανομένου κάθε είδους τεχνικού εξοπλισμού, δεν θα μπορούσαν ασφαλώς να έχουν προβλεφθεί και προγραμματιστεί εκ των προτέρων, και, ως εκ τούτου, συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός για τις αναθέτουσες αρχές.

Ο κατεπείγων χαρακτήρας της κατάστασης καθιστά αδύνατη τη συμμόρφωση με τις ελάχιστες γενικές ή συντεταγμένες προθεσμίες. Η εξαίρεση δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί καταχρηστικά για την ανάθεση συμβάσεων, για τις οποίες απαιτείται περισσότερος χρόνος απ' ό,τι θα απαιτούνταν αν είχε επιλεγεί και ακολουθηθεί διαφανής - ανοικτή ή κλειστή - διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης της

επισπευσμένης (ανοικτής ή κλειστής) διαδικασίας και επομένως, όπως διευκρινίζεται και στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, αν γίνεται επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης, η σχετική σύμβαση πρέπει να ανατίθεται χωρίς καθυστέρηση.

Αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του απρόβλεπτου συμβάντος και του κατεπείγοντος χαρακτήρα. Ως προς την κάλυψη των άμεσων αναγκών των νοσοκομείων και των ιδρυμάτων υγείας σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα, δεν μπορεί ευλόγως να αμφισβητηθεί η αιτιώδης συνάφεια με την πανδημία COVID-19, η οποία μπορεί να συντρέχει και σε λοιπές συμβάσεις άλλων δημοσίων φορέων (πχ. υπηρεσίες απολύμανσης για την αποτροπή διασποράς του ιού).

Χρήση μόνο για την κάλυψη του κενού έως ότου βρεθούν πιο σταθερές λύσεις. Στο πλαίσιο της παρούσας υγειονομικής κρίσης, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, δύναται να χρησιμοποιηθούν για να καλύψουν το κενό σε αγαθά, υπηρεσίες ή έργα μόνο έως ότου βρεθούν πιο σταθερές λύσεις, όπως συμφωνίες-πλαίσιο ή συμβάσεις για προμήθειες και υπηρεσίες, οι οποίες ανατίθενται με τις συνήθεις διαδικασίες (συμπεριλαμβανομένων των «επισπευσμένων» διαδικασιών). Η προσφυγή συνεπώς στην εξαιρετική αυτή διαδικασία νομιμοποιείται μόνο για τις ποσότητες και για το χρονικό διάστημα που είναι πράγματι αναγκαία για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης περίπτωσης.

Σχετικά με τις συμβάσεις κάτω των ορίων οι οποίες λόγω της αξίας τους δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας, επισημαίνεται στην κατευθυντήρια οδηγία ότι οι αναθέτουσες αρχές που προσφεύγουν στη διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την κάλυψη των άμεσων αναγκών τους που έχουν σχέση άμεσα με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού και την αποτροπή περαιτέρω διασποράς του, οφείλουν να εφαρμόζουν τις διατάξεις των άρθρων 32, 32Α. Επισημαίνεται ακόμη ότι, για τις συμβάσεις κάτω των ορίων που ανατίθενται με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, δεν απαιτείται η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Αρχής ούτε σύνταξη χωριστής έκθεσης, όπως απαιτείται για τις συμβάσεις άνω των ορίων, ωστόσο σε κάθε περίπτωση η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή της συγκεκριμένης διαδικασίας πρέπει να είναι δεόντως αιτιολογημένη και τα σχετικά στοιχεία να τηρούνται στον φάκελο της σύμβασης.

Ως προς τους διαδικαστικούς κανόνες διενέργειας της εν λόγω διαδικασίας, η κατευθυντήρια οδηγία σημειώνει ότι για μια κατάσταση όπως ακριβώς είναι η τρέχουσα κρίση της νόσου COVID-19, η οποία διαθέτει εξαιρετικά επείγοντα και

απρόβλεπτο χαρακτήρα, οι Οδηγίες της ΕΕ δεν περιέχουν συγκεκριμένες διαδικαστικές προϋποθέσεις ή διαδικαστικούς περιορισμούς κατά τη χρήση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Ωστόσο, στο ν. 4412/2016 έχουν συμπεριληφθεί σχετικές διατάξεις, οι οποίες θέτουν ορισμένες διαδικαστικές προϋποθέσεις για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, όπως αναλύεται και στο κεφάλαιο 4.6. της παρούσης εργασίας. Ειδικότερα, τα άρθρα 32Α και 269Α του ν. 4412/2016, τα οποία αποτελούν αμιγώς εθνικές διατάξεις θέτουν ορισμένες διαδικαστικές προϋποθέσεις, αλλά και ευελιξίες για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ιδίως όταν η νομική βάση της διαδικασίας είναι οι έκτακτες και απρόβλεπτες περιστάσεις, όπως εν προκειμένω αποτελεί αδιαμφισβήτητα η παρούσα υγειονομική κρίση.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία, κατ' εφαρμογή των εν λόγω άρθρων, δεν απαιτείται η χρήση του ΕΣΗΔΗΣ για τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, η οποία οφείλεται σε έκτακτες και απρόβλεπτες περιστάσεις. Στις περιπτώσεις αυτές η διαπραγμάτευση μπορεί να γίνει με κάθε πρόσφορο μέσο (εγγράφως, μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ακόμη και με προφορική επικοινωνία) ανάλογα με τον βαθμό του επείγοντος της ανάθεσης συγκεκριμένης σύμβασης. Περαιτέρω δεν απαιτείται η υποβολή εγγυητικής συμμετοχής και ΕΕΕΣ, ενώ 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 (αξιολόγηση προσφορών και δικαιολογητικών κατακύρωσης με την έκδοση ενός πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης και μίας ενιαίας απόφασης της αναθέτουσας αρχής). Γίνεται δε αναφορά και σε σχετικό έγγραφο του Προέδρου της Αρχής με α.π. 29/12-03-2020 σύμφωνα με το οποίο *«Δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων που ανατίθενται σύμφωνα με τα άρθρα 32 παρ.2 περ. γ' και 269 περ. δ' του ν. 4412/2016 και το αντικείμενο των οποίων συνέχεται άμεσα με τα μέτρα αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού δύναται να συνάπτονται χωρίς την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.»*

6.1.2 Σχετικά με την απευθείας ανάθεση. Σχετικά με την διαδικασία της απ'ευθείας ανάθεσης, η κατευθυντήρια οδηγία αναφέρει ότι οι αναθέτουσες αρχές εξακολουθούν να διατηρούν τη δυνατότητα, με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, να προβαίνουν σε απευθείας ανάθεση, για συμβάσεις αξίας έως 20.000 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., οι οποίες σχετίζονται με την αντιμετώπιση και την αποτροπή διασποράς του COVID -19, τηρώντας τις λοιπές διαδικαστικές προϋποθέσεις του

άρθρου 118 του ν. 4412/2016 όπως αναλύονται και στο κεφάλαιο 5.1 της παρούσης. Γίνεται μνεία στις διατάξεις 109 Α και 320Α, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα απευθείας ανάθεσης συμβάσεων ποσού μέχρι 60.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. μόνο για τις υπηρεσίες που αναφέρονται στα Παραρτήματα XIV του Προσαρτήματος Α' και XVII του Προσαρτήματος Β' αντίστοιχα του ν. 4412/2016 όπως αναλύονται στο κεφάλαιο 5.2 της παρούσης. Μεταξύ των υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στα ως άνω Παραρτήματα αναφέρονται ενδεικτικά υπηρεσίες διάθεσης ιατρικού και νοσηλευτικού προσωπικού, υπηρεσίες παροχής γευμάτων, υπηρεσίες τροφοδοσίας με έτοιμα γεύματα (catering), υπηρεσίες φύλαξης και ταχυδρομικές υπηρεσίες, οι οποίες δύνανται να σχετίζονται με την παρούσα υγειονομική κρίση.

6.1.3. Σχετικά με τα ζητήματα κατάτμησης. Στην κατευθυντήρια οδηγία υπενθυμίζεται ότι στο άρθρο 6 του ν. 4412/2016 και ειδικότερα στην παρ. 3, τίθεται ο κανόνας της απαγόρευσης της «τεχνητής» κατάτμησης των συμβάσεων, με την έννοια ότι η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. Επισημαίνεται όμως, ότι οι έκτακτες και εξαιρετικά απρόβλεπτες περιστάσεις που σχετίζονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID-19 και την αποτροπή περαιτέρω διασποράς του, έχουν δημιουργήσει στις αναθέτουσες αρχές και, ιδίως στους φορείς παροχής υπηρεσιών υγείας, αυξημένες και μη προβλέψιμες ανάγκες, οι οποίες εξαρτώνται σημαντικά από την καμπύλη μετάδοσης του ιού και εκφεύγουν από τον συνήθη και τακτικό προγραμματισμό τους. Είναι προφανές ότι, στις περιπτώσεις αυτές, δεν είναι δυνατός ο έγκαιρος και ορθός προγραμματισμός και η ομαδοποίηση ειδών και υπηρεσιών, προκειμένου να τηρούνται οι συνήθειες ανταγωνιστικές διαδικασίες, βάσει των κανόνων υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης.

Με άλλα λόγια, επιτρέπεται η κάλυψη των άμεσων αναγκών των αναθετουσών αρχών που συνέχονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού σταδιακά και με την επιλογή του είδους της διαδικασίας που εξυπηρετεί την άμεση κάλυψη των σχετικών αναγκών, χωρίς να απαιτείται συγκέντρωση και ομαδοποίηση τους και χωρίς να τίθεται ζήτημα μη επιτρεπτής, ήτοι «τεχνητής» κατάτμησης, με σκοπό την αποφυγή εφαρμογής επιμέρους διατάξεων του ν. 4412/2016.

6.1.4 Σχετικά με τις Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου και την εφαρμογή των διατάξεών τους. Η ΕΑΑΔΗΣΥ στην κατευθυντήρια οδηγία 24,

κάνει λόγο για την αναγκαιότητα αποσαφήνισης διαφόρων ζητημάτων που εγείρονται με τις ρυθμίσεις που εισάγονται με τις ΠΝΠ και αφορούν τις Δημόσιες συμβάσεις. Αναφέρει ότι η πλειονότητα των εν λόγω διατάξεων αφορά στη ρύθμιση συμβάσεων, η ανάθεση των οποίων κρίνεται επιτακτική είτε για την επάρκεια σε υγειονομικό και φαρμακευτικό υλικό των δημόσιων φορέων υγείας είτε για την αποτροπή της περαιτέρω διασποράς του ιού (υπηρεσίες απολύμανσης, προμήθεια μέσω Τ.Π.Ε. για την παροχή τηλεργασίας κ.λπ.). Κατά συνέπεια, δεν βρίσκει έρεισμα στις εν λόγω διατάξεις η ανάθεση συμβάσεων, το φυσικό αντικείμενο των οποίων δεν συνδέεται με τον ως άνω σκοπό ή που εμπίπτουν στον συνήθη προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής, και οι οποίες θα πρέπει να ανατίθενται με τις συνήθεις διαδικασίες, με βάση την εκτιμώμενη αξία τους και τις δυνατότητες που παρέχει ο ν. 4412/2016.

Παρά τη ρητή ρύθμιση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, η οποία εφαρμόζεται ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ήτοι και σε συμβάσεις κάτω των ορίων, εν τούτοις, ο νομοθέτης των σχετικών Π.Ν.Π., επιλέγει να μην παραπέμψει σε αυτή τη διαδικασία για την αντιμετώπιση της απρόβλεπτης και επείγουσας κατάστασης της επιδημιολογικής κρίσης, με την εξαίρεση των ΟΤΑ α' και β' βαθμού (άρθρο 10 παρ. 3. α. της από 11-03-2020 Π.Ν.Π. και άρθρο 37 παρ. 10 της από 30-03-2020 Π.Ν.Π.). Αντίθετα επιλέγει την «απευθείας ανάθεση κατά παρέκκλιση της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων», χωρίς οποιαδήποτε παραπομπή στις διατάξεις του ν. 4412/2016 περί απευθείας ανάθεσης (άρθρα 118 & 328) και χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση της διαδικασίας αυτής, πλην – στις περισσότερες περιπτώσεις – της υποχρέωσης ανάρτησης πρόσκλησης υποβολής προσφορών στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και της χρήσης ως κριτηρίου ανάθεσης αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής ή «χαμηλότερης προσφοράς.» (Γνώμη Α14/2020, σελ. 46).

Το άρθρο 32.2.γ του ν. 4412/2016 αποτελεί μεταφορά, ως προαναφέρθηκε, του ταυτάριθμου άρθρου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, με την επιλογή του Έλληνα νομοθέτη να εφαρμόζεται σε διαδικασίες ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας και όχι μόνο στις συμβάσεις άνω των ορίων. Για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας (συμβάσεις άνω των ορίων), η ρύθμιση της Οδηγίας, ως διάταξη η οποία, από άποψη περιεχομένου, είναι απαλλαγμένη αιρέσεων και αρκούντως ακριβής, έχει άμεση εφαρμογή και αυξημένη τυπική ισχύ. Υπενθυμίζεται ότι, κατά πάγια νομολογία, τόσο το πρωτογενές δίκαιο των συνθηκών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όσο και το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο (Κανονισμοί, Οδηγίες,

Αποφάσεις, Συστάσεις), υπερισχύουν των αντίστοιχων εθνικών δικαίων και, μάλιστα, των κοινών νομοθετικών κανόνων. Με την απόφαση, μάλιστα, C106/77 του ΔΕΚ, της 09-05-1978, Simmenthal II, έχει κριθεί ότι ο εθνικός δικαστής έχει την υποχρέωση να εφαρμόζει τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου και να φροντίζει για την πλήρη ενέργεια των κανόνων αυτών, αφήνοντας ανεφάρμοστες διατάξεις του εθνικού δικαίου που είναι ασυμβίβαστες με το ενωσιακό δίκαιο. (Γνώμη A14/2020, σελ. 46).

Πέρα από τα ερμηνευτικά ζητήματα, τα οποία ενδέχεται να δημιουργούνται από τις ως άνω αναφορές σε μία «υβριδική» διαδικασία απευθείας ανάθεσης, η οποία δεν περιγράφεται στο ν. 4412/2016, σε κάθε περίπτωση οι αναθέτουσες αρχές, ακόμη και στις συμβάσεις κάτω των ορίων, οι οποίες συνδέονται με την καταπολέμηση του κορωνοϊού, μπορούν να κάνουν χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ', με τήρηση των οριζόμενων σε αυτές προϋποθέσεις. Και τούτο, καθώς οι σχετικές διατάξεις των Π.Ν.Π. και οι προβλεπόμενες σε αυτές παρεκκλίσεις από την εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, αποτελούν δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, ήτοι τελούν υπό τη διακριτική της ευχέρεια να τις εφαρμόσει ή άλλως να επιλέξει, για τη κάλυψη των άμεσων ή μεσοπρόθεσμων αναγκών της, συνεκτιμώντας τις ιδιαίτερες συνθήκες κάθε σύμβασης, μία από τις λοιπές διαδικασίες του ν. 4412/2016.

Από τις διατάξεις των Π.Ν.Π. δεν προκύπτει με σαφήνεια και, ως εκ τούτου μπορεί να προκληθεί σύγχυση και ερμηνευτικά προβλήματα, ποιες είναι οι διατάξεις από τις οποίες εισάγεται η παρέκκλιση από κάθε σχετική διάταξη της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή η παρέκκλιση από τις κείμενες εθνικές διατάξεις, και εάν η παρέκκλιση αυτή αφορά και σε διατάξεις που δεν εμπίπτουν στο ν. 4412/2016, αλλά συνέχονται με τις δημόσιες συμβάσεις, όπως, ενδεικτικά, είναι η αρμοδιότητα προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ή η υποχρέωση ανάρτησης στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ.

Ως εξαιρετικές από τις συνήθεις διαδικασίες, οι ως άνω ρυθμίσεις ισχύουν για περιορισμένο χρονικό διάστημα, και ειδικότερα για διάστημα τεσσάρων ή έξι μηνών από τη δημοσίευση εκάστης Π.Ν.Π. στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ή μέχρι την 31.5.2020, κατά περίπτωση (αν και δεν είναι σαφής ο λόγος διαφοροποίησης του χρονικού διαστήματος).

Προβλέπεται, επίσης, ως μοναδική διαδικασία – και μάλιστα μόνο σε κάποιες εκ των ανωτέρω εξαιρετικών ρυθμίσεων – η υποχρέωση ανάρτησης πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών στην ιστοσελίδα εκάστης αναθέτουσας αρχής για χρονικό

διάστημα τριών (3) ημερών. Σημειωτέον ότι, ορίζεται– σε κάποιες εκ των ως άνω ρυθμίσεων - ως κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή.

6.2. Παρατηρήσεις και ζητήματα που ανακύπτουν

Η πανδημία συνιστά μια ευκαιρία αξιοποίησης των δυνατοτήτων και εργαλείων που παρέχονται από το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακό και εθνικό και εφαρμογής, κατά συνέπεια, των διατάξεων των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, όπως αυτές έχουν ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο με τον ν. 4412/2016 και αφορούν κυρίως, **α)** τις Επείγουσες καταστάσεις δεόντως αιτιολογημένες, «Επισπευσμένη Ανοικτή ή Κλειστή Διαδικασία» και **β)** τις εξαιρετικά επείγουσες καταστάσεις, «Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (προκήρυξης)».

Παρά το γεγονός, όμως, ότι το ενωσιακό δίκαιο έχει εισαγάγει συγκεκριμένες ρυθμίσεις με το άρθρο 32.2γ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για τις εξαιρετικώς επείγουσες και απρόβλεπτες περιπτώσεις, η έκδοση των Π.Ν.Π. εγείρουν σημαντικά ζητήματα, ως προς την δυνατότητα του εθνικού νομοθέτη να εισάγει ρυθμίσεις «κατά παρέκκλιση» του εθνικού δικαίου, όταν μάλιστα, εκουσίως έχει ρυθμίσει και τις «κάτω των ορίων» αναθέσεις σύμφωνα με τις διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας, καθ'ήν μάλιστα στιγμή η ενωσιακή νομοθεσία, φέρεται επαρκής και αποτελεσματική.

Αξίζει να παρατηρήσουμε, κατ' αρχάς, το ότι οι ρυθμίσεις που επιβάλλονται με τις ανωτέρω ΠΝΠ δεν παρουσιάζουν μια ενιαία μορφή, εφ' όσον οι εισαγόμενες διατάξεις ποικίλουν κατά περίπτωση. Πράγματι, ο κρίσιμος χρόνος εντός του οποίου θα εφαρμοσθούν οι κατ' εξαίρεση ρυθμίσεις ποικίλει, ανερχόμενος αλλού σε 4 και αλλού σε 6 μήνες.

Αλλά, και πέραν της διαφοροποίησης αυτής, μαζί με το χρονικό όριο που θεσπίζεται, προστίθεται ακόμη μία προϋπόθεση: τα κείμενα των διατάξεων θεσπίζουν σχεδόν πανομοιότυπα «και εφ' όσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης του κορονοϊού». Επομένως, πέραν της τασσομένης χρονικής περιόδου, τίθεται παραλλήλως, αλλά και σωρευτικώς, και μία δεύτερη προϋπόθεση: «να εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος...».

Επίσης, μία άλλη διαφοροποίηση στο εισαγόμενο με τις ΠΝΠ νέο νομικό πλαίσιο έγκειται στον τρόπο και την διαδικασία ανάθεσης των προμηθειών, υπηρεσιών (και έργων). Έτσι, ενώ στους Ο.Τ.Α. α' βαθμού γίνεται ευθέως

παραπομπή στο άρθρο 32 παρ. 2γ, στις άλλες περιπτώσεις, οι αναθέσεις προβλέπεται να γίνονται κατά παρέκκλιση της εθνικής νομοθεσίας.

Εδώ, ο όρος «εθνική νομοθεσία» χρήζει ιδιαίτερης προσοχής και εξέτασης. Και τούτο διότι η βασική εθνική νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις (ν. 4412/2016) ρυθμίζει αναθέσεις και σύναψη δημοσίων συμβάσεων, τόσο «άνω των ορίων», όσο και «κάτω των ορίων», αναθέσεις δηλαδή και συμβάσεις, τις οποίες εκουσίως ο εθνικός νομοθέτης ενέταξε στο εθνικό δίκαιο. Και εδώ τίθεται ζήτημα ερμηνείας των εισαγομένων από τις ΠΝΠ διατάξεων περί παρεκκλίσεως από το εθνικό δίκαιο, καθ' όσον, λόγω της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου έναντι του εθνικού, τέτοιες παρεκκλίσεις δεν νοούνται έναντι διατάξεων ενωσιακού δικαίου (εν προκειμένω της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) οι οποίες κατέστησαν και εθνικό δίκαιο. Κατά συνέπεια, παρέκκλιση, εάν αυτή συγχωρείται εν γένει εν προκειμένω, νοείται η παρέκκλιση μόνο από το μη ενωσιακό δίκαιο, δηλαδή μόνο από τις αναθέσεις και συμβάσεις κάτω των ορίων, καθ' όσον για εκείνες άνω των ορίων, μία τέτοια παρέκκλιση θα προσέκρουε στις διατάξεις του υπερτέρου σε ισχύ ενωσιακού δικαίου.

Αλλά, και πέρα και παρά τα ανωτέρω, εγείρονται ερωτήματα για το κατά πόσον και για τις αναθέσεις και συμβάσεις κάτω των ορίων μπορεί να θεσπισθεί παρέκκλιση. Και τούτο διότι, οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ «περί απροβλέπτων και κατεπειγουσών περιστάσεων» συνιστούν την ενσωματωμένη στο εθνικό νομοθετικό πλαίσιο ρύθμιση του «δικαίου της ανάγκης», το οποίο έχει εισαγάγει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ. Εάν το ενωσιακό δίκαιο έχει εισαγάγει ρύθμιση για τις εξαιρετικώς επείγουσες και απρόβλεπτες περιπτώσεις –όπως οι ανακλύψασες και ρυθμιζόμενες εν προκειμένω – τότε τι περιθώριο υπάρχει στον εθνικό νομοθέτη να προχωρήσει σε περαιτέρω εξαιρέσεις και αποκλίσεις; Σε κάθε περίπτωση, για τις αναθέσεις και συμβάσεις άνω των ορίων, οι σχετικές διατάξεις των ΠΝΠ δε φαίνεται να μπορούν να τύχουν εφαρμογής.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί, ότι μέχρι την έκδοση των ανωτέρω ΠΝΠ, και υπό το καθεστώς των διατάξεων του άρθρου 32,παρ.2γ, η κρίση περί της συνδρομής του δικαίου της ανάγκης εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης (Αναθέτουσας Αρχής) . Με την έκδοση των ΠΝΠ παρατηρείται μία αποδυνάμωση της διακριτικής αυτής ευχέρειας, εφ' όσον πλέον οι περιεχόμενες σ' αυτές διατάξεις καθορίζουν ρητώς ποιά είναι το κατεπείγον (άμεσος κίνδυνος εμφάνισης και διάδοσης του κορωνοϊού), το χρονικό διάστημα (4-6 μήνες) για το οποίο οι θεσπιζόμενες διαδικασίες θα ακολουθούνται, καθώς και ποιο όργανο θα αποφασίζει

(Απόφαση Υπουργού Υγείας) για το εάν εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης του κορονοϊού. Με τον τρόπο όμως αυτόν, και για τις περιπτώσεις που προβλέπουν οι ΠΝΠ, η μέχρι σήμερα επιβαλλόμενη αξιολογική κρίση της Διοίκησης για την συνδρομή των προϋποθέσεων καταφυγής στις διαδικασίες του άρθρου 32 παρ. 2γ, αίρεται και υποκαθίσταται από ενέργειες δεσμίας αρμοδιότητας, καθ' όσον η διαπίστωση της συνδρομής των προϋποθέσεων καθίσταται αντικειμενική και καθορίζεται κανονιστικά. Υπό τα δεδομένα αυτά, μήπως οι ρυθμίσεις αυτές των ΠΝΠ, ακόμη και μετά την λήξη του χρόνου εφαρμογής τους, αποδυναμώσουν την αξιολογική κρίση της Διοίκησης για τη συνδρομή του κατεπείγοντος και του απρόβλεπτου, δεδομένου ότι θα έχει ήδη υπάρξει μία, έστω και άκρως εξαιρετική, υποκατάσταση της Διοίκησης από τον νομοθέτη;

Συμπεράσματα

Οι δημόσιες συμβάσεις αποτελούν αναμφίβολα σημαντική κινητήρια δύναμη για την οικονομική ανάπτυξη της ΕΕ και των κρατών μελών. Η απόκτηση αγαθών και υπηρεσιών και η ανάθεση εκτέλεσης έργων εκ μέρους της δημόσιας διοίκησης καλύπτει ένα εξαιρετικά σημαντικό τμήμα της οικονομικής δραστηριότητας και ωθεί την οικονομική ανάπτυξη της ενιαίας αγοράς.

Η έκδοση των νέων οδηγιών του 2014 επέφερε ριζικό εκσυγχρονισμό των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και προέκυψε στο πλαίσιο της υλοποίησης των στόχων της ενωσιακής στρατηγικής «Ευρώπη 2020 - Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Στην ενωσιακή και την εθνική νομοθεσία ενσωματώνονται κανόνες διαμόρφωσης καλής διακυβέρνησης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, διευρύνεται η χρήση ευέλικτων διαδικασιών ανάθεσης, ενώ ενισχύεται η συμμετοχή δημοσίων και ιδιωτικών φορέων που δραστηριοποιούνται στο σημαντικό αυτό τμήμα της οικονομίας.

Από τον περιοριστικό κατάλογο επιτρεπτών διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπονται στο ν.4412/2016, οι διαδικασίες ανάθεσης που παρεκκλίνουν από τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, δηλαδή, η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 και η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα του άρθρου 118, παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον καθώς το έλλειμμα διαφάνειας που χαρακτηρίζει καταρχήν τις εν λόγω διαδικασίες και που ήταν η βασική αιτία της αρχικά έντονης επιφυλακτικότητας του ενωσιακού νομοθέτη, φαίνεται να αντισταθμίζεται από το πλεόνασμα αποτελεσματικότητας που δύναται αυτές να αποφέρουν. Για το λόγο αυτό, για πρώτη φορά ίσως η διαφάνεια, η οποία αποτελεί την προμετωπίδα του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, φαίνεται να υποχωρεί μπροστά στην ανάγκη πραγματοποίησης αποτελεσματικότερων και ποιοτικότερων δημοσίων αγορών.

Είναι γεγονός ότι η νομοθεσία ρυθμίζει τις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων με εξαιρετικά λεπτομερή τρόπο. Η όποια ευχέρεια επιλογής εφαρμοστέας διαδικασίας για σύναψη σύμβασης από τις αναθέτουσες αρχές, είναι τόσο καλά οριοθετημένη από θεσμική άποψη ώστε να μην επιτρέπονται παρερμηνείες και περιθώρια καταστρατήγησης.

Καθίσταται σαφές επίσης ότι οι νομικές ρυθμίσεις που διέπουν τις εξαιρετικές διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, εμφανίζουν σημαντικά προβλήματα εφαρμογής. Σύμφωνα με τις εκθέσεις αρμοδίων οργάνων (Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο ΟΑΣΑ, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. κ.α.), οι απευθείας αναθέσεις δημόσιων συμβάσεων χαρακτηρίζονται ως μια από τις συχνότερες αιτίες πλημμελούς εφαρμογής ή έλλειψης ασφάλειας δικαίου κατά το σχεδιασμό και την προετοιμασία του κύκλου ζωής της δημόσιας σύμβασης. Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων καθώς και η αντίστοιχη του ΔΕΕ αντιμετωπίζει με αυστηρότητα τη συνδρομή των προϋποθέσεων των συγκεκριμένων διατάξεων ώστε να αποφευχθεί η παράνομη ανάθεση συμβάσεων, η καταπολέμηση του φαινομένου της διαφθοράς και των αρνητικών επιπτώσεων του στις οικονομίες των κρατών αλλά και να διαπλαστεί μια χρηστή δημοσιονομική συμπεριφορά.

Η ανάληψη σαφούς και συγκεκριμένης δράσης με στόχο την ευαισθητοποίηση και την καθοδήγηση των αναθετουσών αρχών, σχετικά με τρόπους αποφυγής σφαλμάτων που παρατηρούνται συχνά στην εν λόγω διαδικασία, θα μπορούσε να μετατρέψει τις δημόσιες προμήθειες σε ένα ισχυρό εργαλείο και εγγύηση για ισότιμες και χωρίς διακρίσεις διαδικασίες, ελαχιστοποιώντας φαινόμενα διαφθοράς και εξασφαλίζοντας ουσιαστικά οφέλη όσον αφορά τα αποτελέσματα των δημόσιων προμηθειών.

Επιπλέον, μέτρα για την αύξηση, εν γένει, του επαγγελματισμού των αναθετουσών αρχών, καθώς και η ανταλλαγή εμπειριών, ορθών πρακτικών και εργαλείων, θα δώσουν τη δυνατότητα να βελτιωθούν οι πρακτικές που ακολουθούνται στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων και να αποφευχθούν τα σοβαρά σφάλματα. Επιπροσθέτως η τήρηση βάσεων δεδομένων για τις παρατυπίες που διαπιστώνονται στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων, η εμπειριστατωμένη ανάλυση της συχνότητας, της σοβαρότητας και των αιτιών των σφαλμάτων αυτών καθώς και η εξαγωγή συμπερασμάτων μπορεί να βελτιώσει την αποτελεσματικότητα της δημόσιας διοίκησης στον τομέα αυτόν.

Πηγές - Βιβλιογραφία

Ελληνόγλωσση

- Αδαμαντίδου Ε. (2005). *Παρατηρήσεις στην απόφαση ΔΕΚ της 14.09.2004 C-385/02 Επιτροπή/Ιταλία. ΔηΣΚΕ 2/2005.*
- Γέροντας, Απ. (2009). *Δίκαιο Δημοσίων Έργων.* Αθήνα: Σάκκουλας.
- Γιαννακόπουλος, Κ. (2003). *Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.* Σειρά «Βιβλιοθήκη Νομικής Θεωρίας και Πράξεως», τ.36. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα.
- Γρηγορίου, Γ. (1987). Η νομική φύση των συμβάσεων εκτελέσεως δημοσίων έργων που συνάπτονται από δημόσιες επιχειρήσεις. *Νομικό Βήμα 34.*
- Δαγτόγλου, Π. (2012). *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο.* Αθήνα: Σάκκουλας.
- Δελλής, Γ. (2013). Το εύρος του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο. *Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου 4/2013.*
- Δετσαρίδης, Χρ. (2015). Η συγκέντρωση του διοικητικού αυτοελέγχου επί των δημοσίων συμβάσεων και η ΕΑΑΔΗΣΥ σε *Τιμητικός Τόμος για τα 50 χρόνια των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων.* Αθήνα: Σάκκουλας.
- ΕΑΑΔΗΣΥ, *Έκθεση παρακολούθησης δημοσίων συμβάσεων για την Ελλάδα, Ιούνιος 2018.* Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20180717-PP_MONITORING_REPORT_2017.pdf
- ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). *Απεικονίσεις για το έτος 2018.* Ανακτήθηκε από <https://ppp.eaadhsy.gr/index.php/el/>.
- ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). Έκθεση παρακολούθησης του συστήματος των Δημοσίων Συμβάσεων έτους 2017. Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20180717-PP_MONITORING_REPORT_2017.pdf.
- ΕΑΑΔΗΣΥ. (2019). *Ετήσια Έκθεση πεπραγμένων 2018.* Ανακτήθηκε από https://www.eaadhsy.gr/images/docs/2018_Ekthesi_Pepragmenon_EAADHS_Y.pdf
- Επίσημη Εφημερίδα ΕΟΚ*, 15.1.1962 Ανακτήθηκε από <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=celex:31961X1201>.
- Κατσιμάνη, Ε. (2007). *Κοινοτικό Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων.* Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλας.

- Καφτάνη, Κ. (2012). Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς - Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας. *Διοικητική Δίκη* 24.
- Κουλουμπίνη, Ε., Μάζος, Η. & Κίτσος, Ι. (επιμ.) (2019). *Δημόσιες συμβάσεις ν.4412/2016, Νομολογιακή προσέγγιση και Πρακτική εφαρμογή*. Αθήνα: Νομική βιβλιοθήκη.
- Κουτούπα - Ρεγκάκου, Ευ. (1995). *Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο*. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας.
- Μουκίου, Χ. (2017). *Διαφάνεια, ακεραιότητα & εντιμότητα στις δημόσιες συμβάσεις. Η σταδιακή αφομοίωση του διεθνούς Soft Law σε επίπεδο Δημοσίων Συμβάσεων*. Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη.
- Μουκίου, Χ. (1997.) Η αρχή της νομιμότητας και οι συμβάσεις του δημοσίου και των ΝΠΔΔ (Σχόλιο στην Ολομ. ΣτΕ 4936/1995). *Διοικητική Δίκη* 2/1997.
- Ράικος, Δ. (2019). *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*. Αθήνα: Σάκκουλας.
- Ράικος, Δ. (2006). *Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά*. Αθήνα: Σάκκουλας.
- Ράικος, Δ., Βλάχου, Ε. & Σαββίδη, Ε. (2018) *Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016* α' τόμος. Αθήνα: Σάκκουλας.
- Σιούτη, Γ. (1990). *Η Γνωμοδοτική Διαδικασία*. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα.
- Σκουρής, Β. (1997). *Διοικητικές συμβάσεις και δημόσια έργα: Πρακτικές εφαρμογές με αφορμή ζητήματα ελληνικού και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου*, Σειρά: Μελέτες Διοικητικού Δικαίου, τ.1. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας.
- Σπηλιωτόπουλος, Επ. (2007). *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 12^η έκδοση*. Αθήνα: Α.Ν.Σάκκουλα.
- Στασινόπουλος, Μ. (1957). *Δίκαιο των Διοικητικών Πράξεων*. Αθήνα: Σάκκουλας.
- Τάχος, Α. (2003). *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*. Θεσσαλονίκη: Σάκκουλας.
- Τροβά, Ε. (2008). Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου* 10-11/2008.
- Τροβά, Ε. (2004). Το Ελεγκτικό Συνέδριο και η διασφάλιση της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις σε *Τιμητικός τόμος για τα 170 Χρόνια Ελεγκτικού Συνεδρίου*, Αθήνα: Αντ. Ν. Σάκκουλας.
- Χριστιανός, Β. & Πανάγος, Θ. (2018). *Δημόσιες συμβάσεις, Ερμηνεία κατ'άρθρο, Νόμοι 4412/2016 και 4413/2016*. Αθήνα: Σάκκουλας.

Ξενόγλωσση

Arrowsmith, S. (2011) *EU Public procurement law: An introduction*. University of Nottingham, Public Procurement Research Group.

Arrowsmith, S., Treumer, S., Fejo, J. & Jiang L. (2011). *Public Procurement Regulation: An introduction*. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation.

European Commission. (2014). *Έκθεση της ΕΕ για την καταπολέμηση της διαφθοράς*. Ανακτήθηκε από https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0008.04/DOC_2&format=PDF.

European Commission. (2016). *Public Procurement Indicators 2015, DG GROW G4 – Innovative and e-Procurement*. Ανακτήθηκε από <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

European Parliament. (2019). *Contribution to Growth: European Public Procurement. Delivering economic benefits for citizens and businesses*. Ανακτήθηκε από [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU\(2018\)631048_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/631048/IPOL_STU(2018)631048_EN.pdf)

OECD. (2017). *Government at a Glance 2017*. Ανακτήθηκε από: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2017-en.pdf?expires=1592155504&id=id&accname=guest&checksum=A220CD47A245382CA85D173B2BD77460

OECD. (2017). *Εθνικό Σχέδιο Δράσης για την Καταπολέμηση της Διαφθοράς στην Ελλάδα: Μεθοδολογία Αναθεώρησης και Διαδικασίες Παρακολούθησης και Αξιολόγησης*. Ανακτήθηκε από <https://www.oecd.org/governance/ethics/3.1.1-baseline-report-greece-national-anti-corruption-action-plan-el.pdf>

Διαδικτυακοί τόποι

Ιστότοπος Συμβουλίου της Επικρατείας και Διοικητικής Δικαιοσύνης:

<https://www.adjustice.gr>

Ιστότοπος Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης:

<http://www.curia.europa.eu>

Ιστότοπος Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων:

<https://www.eaadhsy.gr>

Ιστότοπος Ευρωπαϊκής Επιτροπής:

<https://www.ec.europa.eu>

Ιστότοπος Ευρωπαϊκού Εκλεκτικού Συνεδρίου:

<https://www.eca.europa.eu>

Ιστότοπος Ελεγκτικού Συνεδρίου:

<https://www.elsyn.gr>

Ιστότοπος ΝΟΜΟΤΕΛΕΙΑ, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών:

<https://www.nomoteleia.gr>

Ιστότοπος ΟΟΣΑ:

<https://www.oecd.org>

