

Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 32 ΠΑΡ. 2, ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑΣ ΑΝΑΓΚΗΣ ΟΦΕΙΛΟΜΕΝΗΣ ΣΕ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΑ ΓΕΓΟΝΟΤΑ ΚΑΙ Η ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΕΚΤΕΛΟΥΜΕΝΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 132 ΠΑΡ. 1 ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΩΝ ΓΕΓΟΝΟΤΩΝ. ΣΗΜΕΙΑ ΣΥΓΚΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΟΥΣΙΩΔΕΙΣ ΔΙΑΦΟΡΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΔΥΟ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης, Μέλος της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), Υπ. Δ.Ν., Μ.Δ.Ε. στο Εμπορικό Δίκαιο, LL.M in International Business Law

1. Εισαγωγή

Αποτελεί κοινό τόπο ότι οι Οδηγίες 2014/24/ΕΕ¹ και 2014/25/ΕΕ², όπως άλλωστε και οι προηγούμενες και καταργηθείσες με αυτές Οδηγίες, 2004/18 και 2004/17³, αφορούν και ρυθμίζουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών, έργων και μελετών και συναφών υπηρεσιών, κατά το λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο⁴, ήτοι εκείνο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης, όπως αυτό εκκινεί κάθε φορά, ανάλογα με την επιλεγείσα από την αναθέτουσα διαδικασία και ολοκληρώνεται με την ανάθεση της σύμβασης σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο. Αντίστοιχα, ο Ν. 4412/2016⁵, δυνάμει του οποίου οι νέες Οδηγίες ενσωματώθηκαν στην εθνική έννομη τάξη, θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού, ανάθεσης, σύναψης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221) και του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 έως 338)⁶.

Ομοίως, είναι κοινή παραδοχή ότι προκειμένου να υπηρετηθούν στον βέλτιστο βαθμό, οι θεμελιώδεις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ)⁷, όπως αποτυπώνονται στην αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στην αιτιολογική σκέψη (2) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές ή οι

¹ Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L 94/65).

² Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (L 94/243).

³ Οδηγία 2014/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών (L 134/114) και Οδηγία 2014/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (L 134/1).

⁴ Βλ. ενδεικτικά αιτιολογική σκέψη (1) άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, αλλά και αιτιολογικές σκέψεις (2), (46) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, καθώς και την αιτιολογική σκέψη (55) της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

⁵ ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

⁶ Βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του νόμου, σελ. 3 υπό Δ. Γενικές Διατάξεις και Ε. Επιμέρους ρυθμίσεις Μέρους Α Βιβλίου Ι και τα άρθρα 1 και 3 του νόμου.

⁷ Ενοποιημένη Απόδοση της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (C 326/49).

αναθέτοντες φορείς, οφείλουν πρωτευόντως να εφαρμόζουν τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες που προβλέπει το άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ⁸, όπως αυτά ρητά παραπέμπουν στα άρθρα 27 έως 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 45 έως 49 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ⁹. Η παρ. 6 ωστόσο του άρθρου 26 και η αντίστοιχη παρ. 5 του άρθρου 44 των ανωτέρω Οδηγιών¹⁰, προβλέπει κατ' εξαίρεση, στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις του άρθρου 32 και 50 των ως άνω Οδηγιών¹¹, των οποίων μάλιστα η απαρρίθμηση είναι περιοριστική και δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να ερμηνεύουν διασταλτικά τις εν λόγω διατάξεις, επιτρέποντας την εφαρμογή τους και σε άλλες περιπτώσεις, εκτός από εκείνες που ρητά αναφέρονται στο κείμενο της Οδηγίας, ότι μπορούν να εφαρμόζουν διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης ή χωρίς να διεξάγουν διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης σε ανάδοχο.

Μία από τις προβλεπόμενες περιπτώσεις, η συνδρομή της οποίας δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να προσφύγει στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, είναι εκείνη του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ)¹². Η συγκεκριμένη ρύθμιση αφορά την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, στον βαθμό που αυτό κρίνεται απολύτως απαραίτητο, εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.

Εντούτοις, όπως αναγνωρίζεται ήδη από τη θεωρία¹³, ο πλέον ρηξικέλευθος νεωτερισμός που εισήγαγαν οι νέες Οδηγίες, αποτυπώνεται στη διάταξη του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και σε εκείνη του άρθρου 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ¹⁴, ο οποίος αφορά την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους. Όπως γίνεται αντιληπτό από τον ίδιο τον τίτλο του άρθρου, για πρώτη φορά εισάγονται διατάξεις, οι οποίες ρυθμίζουν, όχι πλέον το, κατά τα προαναφερθέντα, «προσυμβατικό» στάδιο, αλλά εκείνο που ακολουθεί την υπογραφή μιας σύμβασης ανάθεσης και δη την τροποποίηση μιας ήδη εκτελούμενης δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος

⁸ Άρθρο 26 και 263 του Ν. 4412/2016.

⁹ Άρθρα 27 έως 31 και 264 έως 268 του Ν. 4412/2016.

¹⁰ Παρ. 6 του άρθρου 26 και παρ. 3 του άρθρου 263 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016.

¹¹ Άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016.

¹² Κατά μεταφορά του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Πανομοίωτη η διάταξη του άρθρου 269 περ. δ) του Ν. 4412/2016, όπως αυτή μετέφερε την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 50, περίπτωση δ) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

¹³ Βλ. *A. Τσιρώνά*, Ο χρόνος κατάρτισης της δημόσιας σύμβασης κατά τον Ν. 4412/2016 και ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, υπό VI, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018, σελ. 130 επ., *A. Παπαπαναγιώτου-Χ. Ζάχου*, Προσέγγιση του Ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την Κοινοτική Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018, σελ. 144, *Sanchez Graells, A.* (2015), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2 ed.), Oxford: Hart Publishing, σελ. 426 επ., *S.T. Poulsen*, The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law (2012), 21 *Public Procurement Law Review*, σελ. 167-87, *K. Hartlev and M. Wahl Liljenbøl*, Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender (2013), 22 *Public Procurement Law Review*, σελ. 51-73, *Christopher Bovis*, Research Handbook on EU Public Procurement Law, (2016) Edward Elgar Publishing και *K. Smith*, Contract Adjustments and Public Procurement: An Analysis of the Law and its Application (PPRG PhD Conference Paper, 2014), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2014/smith.pdf.

¹⁴ Άρθρο 132 και 337 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016.

της¹⁵. Αντίστοιχα, σε συνάρτηση με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ)¹⁶, στον πυρήνα της οποίας βρίσκεται η έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα», θα επιχειρηθεί μία εκ παραλλήλου ανάλυση της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132¹⁷, κείμενο στοιχείο για την εφαρμογή της οποίας, συνιστά η έννοια των «ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων», όπως η τελευταία «υιοθέτησε» την προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΔΕΕ), όπως αυτή διέπλασε την έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα», υπό το πρίσμα των ρυθμίσεων του προγενέστερου νομοθετικού καθεστώτος¹⁸.

Τέλος, οι δύο έννοιες, στον βαθμό που συμπίπτουν ή βαίνουν παράλληλα, θα τύχουν σχολιασμού και εντός του πλαισίου δύο πολύ πρόσφατων αποφάσεων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) και ειδικότερα της 1078/2018, με την οποία αντιμετωπίστηκε περίπτωση προσφυγής στο άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση γ) και της 55/2019, όπου η αναθέτουσα αρχή επικαλέστηκε την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1, περίπτωση γ).

2. Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην περίπτωση γ) της παρ. 2 του άρθρου 32 και ιδιαίτερα η έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα»

Όπως δέχεται παγίως η νομολογία του ΔΕΕ και υπό το πρίσμα του προηγούμενου νομοθετικού πλαισίου, η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορούσε να κινηθεί αποκλειστικά και μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνταν περιοριστικά στα άρθρα 30¹⁹ και 31 της Οδηγίας 2004/18²⁰, ενώ ταυτόχρονα αναγνωριζόταν ότι η διαδικασία αυτή είχε εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία²¹. Συνεπώς, όπως αντίστοιχα δέχεται και η εθνική νομολογία, κατά την έννοια πλέον του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός²². Αντίθετα, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει

¹⁵ Βλ. σχετικά τις αιτιολογικές σκέψεις (107) έως (111) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αιτιολογικές σκέψεις (113) έως (117) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

¹⁶ Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αλλά και για την αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, οι αναφορές στην εν λόγω διάταξη, ισχύουν *mutatis mutandis* και για την ταυτόσημη του άρθρου 269.

¹⁷ Ομοίως με την προηγούμενη υποσημείωση, οι διαπιστώσεις που αφορούν την υπό κρίση διάταξη του άρθρου 132, αναφέρονται και στην όμοια του περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 337.

¹⁸ Άρθρο 31 παρ. 1, περίπτωση γ) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και άρθρο 40 παρ. 3, περίπτωση δ) της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, όπως αμφότερες μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη, δυνάμει του άρθρου 25 παρ. 1 περίπτωση γ) του ΠΔ 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16^{ης} Νοεμβρίου 2005» (ΦΕΚ Α' 64/16.03.2007) και του άρθρου 25 παρ. 3, περίπτωση δ) του ΠΔ 59/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε» (ΦΕΚ Α' 63/16.03.2007).

¹⁹ Το άρθρο 30 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 24 του ΠΔ 60/2007), αφορούσε περιπτώσεις κατ' εξαίρεση προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, αλλά με προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

²⁰ Άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον.

²¹ Απόφαση της 11^{ης} Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, υπόθεση C-19/13, EU:C:2014:2194, σκέψη 49 και Απόφαση της 23^{ης} Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, υπόθεση C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

²² ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.

στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, λόγω του ότι δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της, υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου²³.

Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/EK²⁴, οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις, τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/EK²⁵, του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις, οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής²⁶, της διαδικασίας με διαπραγμάτευση²⁷. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες²⁸. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί επαρκώς την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται μόνο ως ειδική επιλογή, που αποκκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ.²⁹.

Εξάλλου, έχει κριθεί³⁰ ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όπως αυτή αποτυπώνεται στην παρ. 2, περίπτωση γ) του άρθρου 32, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες πέντε (5) προϋποθέσεις: **α)** η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος³¹, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής

²³ Βλ. αιτιολογικές σκέψεις (1) και (90) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ΔΕΕ Απόφαση της 17^{ης} Νοεμβρίου 1993, υπόθεση C-71/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλογή της Νομολογίας 1993, σελ. I-5923, σκέψη 36.

²⁴ Άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

²⁵ Άρθρο 23 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

²⁶ Άρθρα 24 και 25 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

²⁷ Η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση που προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ρυθμίζεται από το άρθρο 29 αυτής (βλ. αντίστοιχα άρθρα 26 παρ. 2 και 29 του Ν. 4412/2016), προφανώς εμπίπτει συστηματικά σε αυτές τις περιπτώσεις, ωστόσο πρόκειται για πρωτοεμφανιζόμενη διαδικασία ανάθεσης με τη νέα Οδηγία και ως εκ τούτου, οι εκδοθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ και των εθνικών δικαστηρίων, προ της θέσπισης του νέου θεσμικού πλαισίου, μοιραία δεν αναφέρονταν και σε αυτή.

²⁸ Απόφαση της 10^{ης} Δεκεμβρίου 2009, Επιτροπή κατά Γαλλίας, υπόθεση C-299/08, EU:C:2009:769, σκέψη 29.

²⁹ Βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010.

³⁰ Βλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑθ (Ασφ) 247/2013.

³¹ «Ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων.». Βλ. σχετ. ΕλΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕλΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.

ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέει από δική τους ευθύνη³² και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο³³.

Άλλωστε, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, οι κρινόμενες διατάξεις των Οδηγιών, αλλά και του Ν. 4412/2016, αποβλέπουν πρωτίστως στη διαφύλαξη του υγιούς ανταγωνισμού, στην καταπολέμηση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς και στην προαγωγή της ισονομίας και της ισότητας στην ευχέρεια πρόσβασης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου στη δημόσια οικονομική ζωή, με τη διασφάλιση προεχόντως της ακώλυτης άσκησης του δικαιώματός του να μετέχει στην οικονομική ζωή, μέσω της εν δυνάμει παρουσίας του σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία ως υποψήφιος ανάδοχος. Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος³⁴.

Από δικονομική σκοπιά, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κίνηση της διαδικασίας με απευθείας διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και ειδικά, η επίκληση της περίπτωσης γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία. Επιπλέον, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου³⁵, ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο³⁶. Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη³⁷. Κατά συνέπεια, εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση

³² Όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της αναθέτουσας αρχής, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010.

³³ ΕΛΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕΛΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.

³⁴ Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη, βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕΛΣυν 1/2008 Πράξη του VI Τμ.

³⁵ Πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕΛΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕΛΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.

³⁶ Η την Α.Ε.Π.Π. στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Πρβλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου.

³⁷ Βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ Απόφαση της 2^{ης} Αυγούστου 1993, υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12 και Απόφαση της 28^{ης} Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14.

προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις.

Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας³⁸. Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία³⁹.

Μάλιστα, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται⁴⁰. Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών και δη οι αναθέτουσες αρχές που κρίνουν σκόπιμο να εφαρμόσουν την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32⁴¹. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), οφείλει να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπεριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, αποκλείοντας έτσι, το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των λόγων που συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός, στο οποίο

³⁸ ΔΕΕ Απόφαση της 18^{ης} Μαΐου 1995, υπόθεση C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή της Νομολογίας 1995, σελ. I-1249, σκέψη 23 και Απόφαση της 28^{ης} Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή της Νομολογίας 1996, σελ. I-1949, σκέψη 13.

³⁹ ΔΕΕ Απόφαση της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, σκέψεις 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2007, υπόθεση C-481/06, Επιτροπή κατά Ελλάδος, σκέψεις 11-17 και Απόφαση της 2^{ης} Οκτωβρίου 2008, υπόθεση C-157/06, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:2016:634, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-07313, σκέψη 23.

⁴⁰ ΔΕΕ Απόφαση της 10^{ης} Απριλίου 2003, υπόθεση C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:2003:220, Συλλογή της Νομολογίας 2003, σελ. I-03609, σκέψη 58, Απόφαση της 18^{ης} Νοεμβρίου 2004, υπόθεση C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:2004:728, Συλλογή της Νομολογίας 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, Απόφαση της 11^{ης} Ιανουαρίου 2005, υπόθεση C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, EU:C:2005:5, Συλλογή της Νομολογίας 2005, σ. I-00001, σκέψη 46, καθώς και Απόφαση της 8^{ης} Απριλίου 2008, υπόθεση C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:2008:203, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-02173, σκέψεις 57 και 58.

⁴¹ Βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, Απόφαση της 10^{ης} Μαρτίου 1987, υπόθεση C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1987:115, Συλλογή της Νομολογίας 1987, σελ. 01039, σκέψη 14, Απόφαση της 18^{ης} Μαΐου 1995, υπόθεση C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή της Νομολογίας 1995, σελ. I-01249, σκέψη 23, Απόφαση της 28^{ης} Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή της Νομολογίας 1996, σελ. I-01949 και Απόφαση της 2^{ης} Ιουνίου 2005, υπόθεση C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:336, Συλλογή της Νομολογίας 2005, σελ. I-04713, σκέψη 33.

οφείλεται η επικαλούμενη κατεπείγουσα ανάγκη, θα πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα.

Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/EE), γίνεται δεκτό ότι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν πράγματι, εκτάκτως, να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες απευθείας τους όρους της σύμβασης με οικονομικό φορέα επιλεγέντα, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18/EK, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική⁴². Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας⁴³.

Τέλος, μία πρόσθετη ασφαλιστική δικλείδα για την προσφυγή στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 και άρα και της εξεταζόμενης εν προκειμένω, περίπτωσης γ) της παρ. 2, ενδεικτική της μέριμνας που λαμβάνει ο νομοθέτης, προκειμένου να προληφθούν αυθαίρετες υπερβάσεις του επιτρεπόμενου νομοθετικού πλαισίου εκ μέρους των αναθετουσών αρχών είναι και η απαραίτητη προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Πιο συγκεκριμένα, η προσφυγή στην κατ' εξαίρεση διαδικασία του άρθρου 32, προϋποθέτει προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για συμβάσεις άνω των ορίων⁴⁴, όπως ρητά προβλέπεται από το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011⁴⁵. Αντιθέτως, δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη για τις

⁴² ΔΕΕ Απόφαση της 7^{ης} Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, υπόθεση C-549/14, EU:C:2016:634, σκέψη 35.

⁴³ ΔΕΕ Απόφαση 2^{ης} Αυγούστου 1993, υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-04655, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγουσα περίπτωση, γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της απευθείας διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή.

⁴⁴ Άρθρο 5 «Κατώτατα όρια» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/EE και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170), όπου ορίζεται ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 5.225.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο Παράρτημα III του Προσαρτήματος Α' προϊόντα,

γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα III του Προσαρτήματος Α',

δ) 750.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α'.

Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α', β' και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/EE.».

⁴⁵ «δδ) 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,

συμβάσεις κάτω των ορίων, όπως ρητά προβλέπεται από το άρθρο 116 παρ. 2 του Ν. 4412/2016⁴⁶.

3. Η δυνατότητα τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της και ειδικά η «ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων» της περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 132

Όπως ήδη ειπώθηκε στην εισαγωγή της παρούσας μελέτης, η διάταξη του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο, το αντίστοιχο άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζει μία από τις πλέον σημαντικές καινοτομίες που εισάγει το νέο θεσμικό πλαίσιο στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών. Ειδικότερα, για πρώτη φορά περιλαμβάνεται σε αυτές, διάταξη που εκφεύγει του λεγόμενου «προσυμβατικού σταδίου» ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης. Επιχειρείται δηλαδή μία «ρωγμή» στη ρύθμιση του σταδίου που προηγείται της ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης *stricto sensu*, δοθέντος ότι όλες οι προϋφιστάμενες Οδηγίες περιορίζονταν σε διατάξεις που ρύθμιζαν και επιχειρούσαν να εναρμονίσουν τις εθνικές νομοθεσίες των κρατών-μελών της Ένωσης, ακριβώς μόνο ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης. Πλέον εισάγονται ρητές διατάξεις που αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης υπογεγραμμένων συμβάσεων.

Με τις νέες διατάξεις, οι οποίες αφορούν την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους⁴⁷, κωδικοποιείται η πλούσια νομολογία του ΔΕΕ⁴⁸, όπως αυτή αντιμετώπισε και ερμήνευσε πληθώρα ζητημάτων που ανέκυπταν κατά το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων. Πρωταρχικός στόχος ήταν αφενός να τεθούν κάποιον

λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου.

Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα «προθεσμία είκοσι (20) εργασιμών 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.» (Το πρώτο και το δεύτερο εδάφιο της υποπερίπτωσης δδ', όπως αυτή είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 61 παρ. 1 Ν. 4146/2013, ΦΕΚ Α' 90/18.04.2013, τροποποιήθηκαν ως άνω με το άρθρο 21 παρ. 2 Ν. 4441/2016, ΦΕΚ Α' 227/06.12.2016.

⁴⁶ Όπου ρητά ορίζεται ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.»

⁴⁷ Όπως εναργώς επισημαίνεται και στην με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»): «[...] Οι επιτρεπτές τροποποιήσεις δεν θα πρέπει να συγχέονται με την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 29 ν. 4412/2016), με τον ανταγωνιστικό διάλογο (άρθρο 30 ν. 4412/2016) και με τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (άρθρο 32 ν. 4412/2016), που αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, στις οποίες μπορεί να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή υπό τις προϋποθέσεις που τίθενται στις σχετικές διατάξεις και μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά σε αυτές, και οι οποίες συνίστανται σε γεγονότα που προκύπτουν είτε κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης είτε στο στάδιο εκτέλεσης αυτής.

Οι περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης δεν αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, αλλά συνίστανται σε καταστάσεις, οι οποίες επιφέρουν τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και εμφανίζονται πάντοτε κατά το στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων.»

⁴⁸ Βλ. ιδίως, Απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2004, υπόθεση C-496/99 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236, Συλλογή της Νομολογίας 2004, σελ. I-03801, Απόφαση της 19^{ης} Ιουνίου 2008, υπόθεση C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Republik Österreich (Bund), EU:C:2008:351, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-04401, Απόφαση της 5^{ης} Οκτωβρίου 2000, υπόθεση C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, EEU:C:2000:543, Συλλογή της Νομολογίας 2000, σελ. I-08377, σκέψεις 44 και 46, Απόφαση της 27^{ης} Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-601/10, Επιτροπή κατά Ελλάδος, EU:C:2011:709, Συλλογή της Νομολογίας 2011, σελ. I-00163, ιδίως σκέψη 31 και Απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2010, υπόθεση C-160/08, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, EU:C:2010:230, Συλλογή της Νομολογίας 2010, σελ. I-03713, σκέψεις 99-101.

κοινοί κανόνες ως προς τις μη ρυθμισμένες μέχρι σήμερα, σε ενωσιακό επίπεδο τουλάχιστον, τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και αφετέρου να περιοριστούν τα φαινόμενα διαφθοράς και καταστρατήγησης του θεσμικού πλαισίου, οι οποίες εντοπίζονται πολλές φορές στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, ιδίως μέσω της πρακτικής των πρόσθετων προσχηματικών αναθέσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στον αρχικό ανάδοχο με ποικίλη κάθε φορά αιτιολογία.

Με το άρθρο 132 του Ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε η αντίστοιχη ρύθμιση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία αφορά αφενός τις περιπτώσεις, των επιτρεπτών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, ήτοι των περιπτώσεων εκείνων στις οποίες επιτρέπεται, με την τήρηση των αυστηρών προϋποθέσεων που προβλέπονται στις επιμέρους παραγράφους του ίδιου άρθρου, να τροποποιηθεί η αρχική σύμβαση, χωρίς να απαιτείται εκκίνηση νέας διαδικασία σύναψης και αφετέρου τα κριτήρια που καθιστούν την τροποποίηση μίας σύμβασης σε τέτοιο βαθμό, ουσιώδη, ώστε καθίσταται επιβεβλημένη η εκκίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Τονίζεται δε, ότι η σχετική περιπτώσιολογία επιτρεπτών τροποποιήσεων της σύμβασης κατά τη διάρκειά της, δεν είναι ενδεικτική, αλλά απαριθμείται περιοριστικά στο εν λόγω άρθρο και είναι επιτρεπτή μόνο στις αναφερόμενες περιπτώσεις, με την ταυτόχρονη τήρηση σωρευτικά των οικείων, κατά περίπτωση, προϋποθέσεων, οπότε και επιτρέπεται η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς να ακολουθήσει η αναθέτουσα αρχή νέα διαδικασία ανάθεσης⁴⁹.

Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα ανωτέρω λεχθέντα, το άρθρο 132 προβλέπει τρεις διαφορετικές περιπτώσεις τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους: **α)** τις επιτρεπτές τροποποιήσεις, όπως αυτές εξειδικεύονται περαιτέρω στις περιπτώσεις α)-ε) της παρ. 1, για τις οποίες όμως πρέπει να τηρούνται σωρευτικά οι περιοριστικά απαριθμούμενες στον νόμο προϋποθέσεις εφαρμογής τους, **β)** τις περιπτώσεις ήσσονος αξίας («*de minimis*») τροποποιήσεων, όπου και πάλι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 132, οι τροποποιήσεις αυτές είναι αποδεκτές υπό προϋποθέσεις, χωρίς να απαιτείται να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης και **γ)** τις περιπτώσεις της παρ. 4, όπου η τροποποίηση της σύμβασης θεωρείται τόσο ουσιώδης, με συνέπεια να διαταρράσει τη δικαιοσύνη σε τέτοιο βαθμό, ώστε δεν είναι ανεκτή από τον νομοθέτη και ως εκ τούτου, η εκκίνηση νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεί μονόδρομο για την τελευταία.

Περαιτέρω, η συγκεκριμένη διάταξη, όπως ήδη επισημάνθηκε πιο πάνω, επιχειρεί να αποσαφηνίσει και να οριοθετήσει, βάσει των αρχών που έχουν διατυπωθεί στη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, τις ειδικότερες προϋποθέσεις και τους όρους, υπό τους οποίους επιτρέπεται η τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκεια εκτέλεσής τους, καθώς διαπιστώθηκε εναργώς πλέον κατά την εφαρμογή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων υπό το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο, ότι η διασφάλιση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που απορρέουν από τη Συνθήκη, απαιτείται να διέπουν και το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης⁵⁰. Εκκινώντας από αυτή την αφετηρία και προκειμένου να τεθούν σαφή και καθορισμένα πλαίσια εφαρμογής της υπό κρίση διάταξης, αλλά και να εμπεδωθούν ενιαία οι προϋποθέσεις εφαρμογής της, γίνεται δεκτό ότι για την εφαρμογή όλων των περιπτώσεων του άρθρου 132, πρέπει κατ' αρχήν να πληροῦται μία οριζόντια προϋπόθεση. Αυτή συνίσταται στο ότι η τροποποίηση της αρχικής

⁴⁹ Βλ. σχετικά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»).

⁵⁰ Βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του νόμου, σελ. 32.

σύμβασης πρέπει να λαμβάνει χώρα κατά τον χρόνο που διαρκεί η τελευταία, ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο αυτή εκτελείται ακόμα⁵¹.

Επισημαίνεται περαιτέρω ότι, ορισμένες περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 132 (πχ. οι περιπτώσεις β) και γ) της παρ. 1), καίτοι υπό το πρίσμα των προηγούμενων και ήδη καταργηθεισών Οδηγιών 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ⁵² καθώς και των ΠΔ 60/2007 και 59/2007⁵³, αποτελούσαν συναφείς περιπτώσεις, με εκείνες, για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, πλέον μετά τη νομολογιακή τους διάπλαση από το ΔΕΕ, αποτελούν διακριτές περιπτώσεις, υπαγόμενες ρητά στην περιπτώσιολογία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης του άρθρου 132. Συνεπακόλουθα, οι περισσότερες προϋποθέσεις εφαρμογής των ανωτέρω περιπτώσεων, συμπεριλαμβανομένης της εξεταζόμενης εν προκειμένω διάταξης της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, ταυτίζονται⁵⁴ με τις προϋποθέσεις εφαρμογής των αντίστοιχων περιπτώσεων, στα πλαίσια προσφυγής σε διαδικασίας απευθείας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης κατά τις προϋφιστάμενες διατάξεις και έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο ερμηνείας τόσο σε ενωσιακό επίπεδο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια και το ΕλΣυν⁵⁵.

Ενόψει των ανωτέρω, προκειμένου να συντρέξει η τρίτη κατά σειρά προβλεπόμενη επιτρεπτή τροποποίηση αρχικής σύμβασης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις. Αρχικά, η ανάγκη για την τροποποίηση θα πρέπει να οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, τις οποίες δεν μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή κατά τον αρχικό σχεδιασμό της διαδικασίας ανάθεσης, ώστε να τις συμπεριλάβει στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης. Η δεύτερη προϋπόθεση, επιβάλλει να μην μεταβάλλεται η συνολική φύση της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της αλλοίωσης του αντικειμένου της τροποποιητικής σύμβασης, σε σχέση με το αντικείμενο της τροποποιούμενης αρχικής. Η τρίτη προϋπόθεση, αφορά στην απαγόρευση να υπερβεί το αντικείμενο της τροποποιητικής σύμβασης το πενήντα της εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση δε, οι επακόλουθες τροποποιήσεις που επιφέρει η τροποποιητική σύμβαση, δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016. Τέλος, απαιτείται ως παρεπόμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής και η γνωστοποίηση της τροποποίησης στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε.

Αναφορικά με την πρώτη προϋπόθεση, η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων έχει τύχει, όπως ήδη ειπώθηκε, νομολογιακής επεξεργασίας τόσο από το

⁵¹ Υπό την έννοια αυτή έχει ιδιαίτερη αξία για τις αναθέτουσες αρχές, αλλά και τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η κατανόηση της έννοιας της ολοκλήρωσης εκτέλεσης της αναληφθείσας σύμβασης από τον ανάδοχο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 202 του Ν. 4412/2016, καθώς η εφαρμογή του άρθρου 132, προϋποθέτει εννοιολογικά, τη διαπίστωση της ύπαρξης διαρκούς και εκτελούμενης σύμβασης, κατά την έννοια των υποπεριπτώσεων α)-δ) του άρθρου 202 του Ν. 4412/2016, βάσει της οποίας θα κριθεί εν τέλει, εάν και κατά πόσο η σκοπούμενη τροποποίησή της, πριν το πέρας αυτής, εμπίπτει πράγματι στο ρυθμιστικό πλαίσιο του άρθρου 132.

⁵² Άρθρο 31 παρ. 1-4 και 40 παρ. 3 αντίστοιχα.

⁵³ Άρθρα 25 παρ. 1-4 και 25 παρ. 3 αντίστοιχα.

⁵⁴ Καίτοι η ορολογία που χρησιμοποιείται είναι εν μέρει διαφορετική.

⁵⁵ Κατά συνέπεια, για την πληρέστερη ερμηνευτική προσέγγιση των σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, στον βαθμό που κρίνεται απαραίτητο και προκειμένου να γίνει αντιληπτή η οικεία ρύθμιση, θα γίνει κατ' αναλογία, αναφορά στη διαμορφωθείσα νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, του ΕλΣυν και του ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας των διατάξεων του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος για τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες που οφείλονται σε γεγονότα απρόβλεπτα.

ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια και το ΕλΣυν, στο πλαίσιο ερμηνείας του προϊσχύσαντος νομοθετικού καθεστώτος για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες, οφειλόμενους σε απρόβλεπτα γεγονότα και ως εκ τούτου υπό αυτό το πρίσμα οι αναφορές στην εθνική και ενωσιακή νομολογία που έγιναν κατά την εξέταση της περίπτωσης γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, διατηρούν και εδώ ακέραιη την ερμηνευτική αξία τους⁵⁶.

Έτσι, όπως γίνεται παγίως δεκτό και σε αυτή την περίπτωση, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε επιτρεπτή τροποποίηση ήδη εκτελούμενης σύμβασης κατά το άρθρο 132 παρ. 1, περίπτωση γ) πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η τροποποίηση της σύμβασης κατά τη διάρκειά της, ενώ είναι επιβεβλημένο οι ειδικότεροι λόγοι που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου⁵⁷. Επίσης, η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο ή την Α.Ε.Π.Π., εφόσον πρόκειται για έλεγχο των επικαλούμενων λόγων, στα πλαίσια εξέτασης ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής⁵⁸. Σε περίπτωση διαπίστωσης ότι δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης πάσχει και κρίνεται ως αντίθετη με το ενωσιακό δίκαιο⁵⁹.

Επιπλέον, η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 72 παρ. 1 περίπτωση γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016⁶⁰, έχει κριθεί ότι κατ' αναλογία προς τη νομολογιακή επεξεργασία που έτυχαν οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), στον βαθμό που παρεκκλίνουν των κανόνων της συνήθους διεξαγωγής μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, πρέπει να τύχουν στενής ερμηνείας⁶¹. Αντίστοιχα δε, όπως εκτέθηκε και πιο πάνω, η απόδειξη της συνδρομής των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες και την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, βαρύνει τον διάδικο που τις επικαλείται και *in concreto* την αναθέτουσα αρχή⁶². Συνεπώς, το βάρος απόδειξης, για τη διαπίστωση της συνδρομής *de facto* των απρόβλεπτων περιστάσεων που δικαιολογούν τη μη διεξαγωγή τακτικού διαγωνισμού και την προσφυγή στη διαδικασία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης κατά τις εξεταζόμενες διατάξεις, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών⁶³.

Επιπλέον, η ερμηνεία των απρόβλεπτων περιστάσεων και των γεγονότων που αντιμετωπίζονται ως τέτοια από τη νομολογία και δικαιολογούν την εφαρμογή του άρθρου 132 παρ. 1, περίπτωση γ), συμπίπτει εννοιολογικά με τον χαρακτηρισμό που

⁵⁶ Σελ. 3-8 της παρούσας, Κεφάλαιο 2.

⁵⁷ Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 35.

⁵⁸ Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 36.

⁵⁹ Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 37.

⁶⁰ Αντίστοιχα, για τους αναθέτοντες φορείς, το άρθρο 337 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁶¹ Ομοίως, αναγνωρίζεται ότι η τροποποίηση εκτελούμενης αρχικής σύμβασης, στην περιπτωσιολογία της οποίας, εμπίπτει και εκείνη που οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία και η εφαρμογή της επιβάλλεται από τις κείμενες διατάξεις να γίνεται με φειδώ από τις αναθέτουσες αρχές αποκλειστικά, στις περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις και μόνο μετά από τη διαπίστωση της σωρευτικής πλήρωσης όλων των απαριθμούμενων στην εν λόγω διάταξη, προϋποθέσεων.

⁶² Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 40.

⁶³ Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 41.

αποδίδει η ενωσιακή και η εθνική νομολογία στα απρόβλεπτα περιστατικά, υπό την έννοια του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Όπως αναπτύχθηκε και ανωτέρω, ως απρόβλεπτα γεγονότα νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά περιστατικά, τα οποία, ακριβώς λόγω του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να τα γνωρίζει εκ των προτέρων και εν προκειμένω, κατά την υπογραφή της αρχικής σύμβασης, της οποίας επίκειται η τροποποίηση, ούτε ανάγονται στη σφαίρα επιρροής της, εν τέλει απέκλειαν τον έγκαιρο εκ μέρους της προγραμματισμό ή/και της στερούσαν τη δυνατότητα να λάβει τα κατάλληλα μέτρα προς αποτροπή τους⁶⁴. Πρόκειται δηλαδή, για όλως έκτακτα και ασυνήθιστα γεγονότα, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν σύμφωνα με τους κανόνες και τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής⁶⁵.

Περαιτέρω, η δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία προτίθεται να τροποποιήσει επιτρεπτά, την υπογραφείσα και ήδη εκτελούμενη αρχική σύμβαση, να μην μεταβάλλει τον αρχικό χαρακτήρα αυτής. Συνεπακόλουθα, σε περίπτωση κατά την οποία, η επιδιωκόμενη από την αναθέτουσα αρχή, τροποποίηση μίας σύμβασης, οδηγεί κατ' αποτέλεσμα στην αλλοίωση της φύσης της συνολικής σύμβασης, η τροποποίηση αυτή παραβιάζει το πλαίσιο επιτρεπτής εφαρμογής της διάταξης και βρίσκεται εκτός των ορίων του προστατευτέου πεδίου της Οδηγίας (και του Ν. 4412/2016)⁶⁶. Αντίστοιχα, αυτονόητη περίπτωση ανεπίτρεπτης και άρα απαγορευμένης τροποποίησης πρέπει να θεωρείται και η μεταβολή του ίδιου του είδους της αρχικής σύμβασης⁶⁷. Σε αμφότερες τις ανωτέρω περιπτώσεις, όπως γίνεται αντιληπτό, η επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε απρόβλεπτη περίσταση δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί, αφού ο αναγκαστικός για την εφαρμογή της περίπτωσης γ) της παρ. 1, δεσμός της τροποποιητικής σύμβασης με την τροποποιούμενη αρχική, αποκόπτεται και μαζί του εκλείπει και ο δικαιολογητικός λόγος επιτρεπτής κάμψης του κανόνα της ανάθεσης του αντικειμένου της τροποποιητικής σύμβασης μέσω τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ)⁶⁸.

Η τρίτη προϋπόθεση, η οποία πρέπει να συντρέχει σωρευτικά με τις υπόλοιπες οριζόμενες στην ίδια υπό κρίση διάταξη, σχετίζεται με την πρόβλεψη ότι οποιαδήποτε αύξηση της τιμής στην τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της τελευταίας⁶⁹. Επιπρόσθετα, είναι

⁶⁴ Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 31.

⁶⁵ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1747/2011, ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης 2490/2015 και ΕλΣυν 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008 Πράξεις του VI Τμ. και τις υπ' αριθμ. 121/2016, 113/2016, 103/2016, 62/2016, 299/2015, 258/2015, 244/2015, 223/2015 Αποφάσεις της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

⁶⁶ Σε συνέχεια των ανωτέρω παραδοχών, χαρακτηριστική περίπτωση αλλοίωσης του χαρακτήρα μιας σύμβασης, συνιστά η πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να αντικαταστήσει με την τροποποιητική σύμβαση, το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, με μία διαφορετική παροχή εκ μέρους του αναδόχου. Μπορεί δηλαδή, να μην μεταβάλλεται το είδος της σύμβασης, η οποία πχ. παραμένει σύμβαση προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών, αλλά μεταβάλλονται ανεπίτρεπτα τα προς προμήθεια είδη ή ο χαρακτήρας των παρεχόμενων υπηρεσιών.

⁶⁷ Ήτοι από σύμβαση πχ. προμήθειας σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή το αντίστροφο κλπ.

⁶⁸ Εξάλλου, πρόσθετο επιχείρημα για τον αποκλεισμό της τροποποίησης της σύμβασης βάσει της ίδιας διάταξης, θα μπορούσε να αντληθεί και από το γεγονός ότι η αλλοίωση της φύσης της αρχικής σύμβασης σε σχέση με το αντικείμενο και τον χαρακτήρα της τροποποιητικής, επηρεάζει αθέμιτα το συνολικό αποτέλεσμα της συνολικής διαδικασίας ανάθεσης, ιδωμένης ως ένα και ενιαίο αντικείμενο, όπως ορίζεται εντός των πλαισίων των δύο συμβάσεων, αρχικής και τροποποιητικής.

⁶⁹ Το περιεχόμενο της προϋπόθεσης αυτής δεν ήταν άγνωστο και υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο, καθώς προβλεπόταν στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 α) του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK και του

αναγκαίο να τονιστεί και να επικροτηθεί, η αυστηρότερη αντιμετώπιση της εν λόγω προϋπόθεσης από τον εθνικό νομοθέτη, κατά τη μεταφορά στον Ν. 4412/2016 του σχετικού άρθρου της Οδηγίας. Ειδικότερα, στο άρθρο 72, περίπτωση γ), υπό iii) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ρητά ότι: «Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, ο περιορισμός αυτός ισχύει για την αξία κάθε τροποποίησης.». Ωστόσο, από την αδιάστικτη διατύπωση της αντίστοιχης διάταξης στο άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016⁷⁰, διαπιστώνεται η πρόθεση του Έλληνα νομοθέτη να θέσει ένα ασφαλέστερο πλαίσιο, προκειμένου να αποτραπούν ενδεχόμενα στρέβλωσης της εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης, σε περίπτωση περισσότερων, διαδοχικών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της διαδοχικής ανάθεσης περισσότερων της μίας συμβάσεων για την εκτέλεση συμπληρωματικών έργων, την παροχή πρόσθετων υπηρεσιών ή την προμήθεια επιπλέον αγαθών.

Εν προκειμένω, καθίσταται παραπάνω από προφανής η μέριμνα που λαμβάνει ο νομοθέτης, να θέσει μία επιπλέον ασφαλιστική δικλείδα, προκειμένου να αποτρέψει επίδοξες αναθέτουσες αρχές να ενδώσουν σε «πειρασμούς», αποπειρώμενες να καταστρατηγήσουν, μέσω της υπογραφής διαδοχικών συμβάσεων το επιτρεπτό κατώφλι του πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης^{71,72}. Έτσι, ο εθνικός νομοθέτης, αντιλαμβανόμενος προφανώς ότι η ρύθμιση που επέλεξε ο ενωσιακός νομοθέτης ίσως και να μην επαρκούσε για να αντιμετωπίσει αποτελεσματικά, ενδεχόμενα φαινόμενα καταχρηστικής εφαρμογής της εν λόγω διάταξης, προτίμησε – και ορθά κατά την άποψη του γράφοντος – κατά τη μεταφορά της συγκεκριμένης ρύθμισης, να υιοθετήσει πιο αυστηρή κατεύθυνση.

Συναφής και άμεσα σχετιζόμενη με την αμέσως προηγούμενως εκτεθείσα, είναι και η τέταρτη κατά σειρά, σωρευτικά απαιτούμενη προϋπόθεση εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132. Η εν λόγω προϋπόθεση, όπως τίθεται στο ακροτελεύτιο εδάφιο της περίπτωσης γ), αποτελεί αυτούσια μεταφορά του τελευταίου εδαφίου της περίπτωσης γ), υπό iii) της παρ. 1 του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ

αντίστοιχου άρθρου 25 παρ. 4 α) του ΠΔ 60/2007, ως μία από τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης και έχει ήδη τύχει ευρείας επεξεργασίας τόσο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια, βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-601/10, Επιτροπή κατά Ελλάδος, EU:C:2011:709, Συλλογή της Νομολογίας 2011, σελ. I-00163, ιδίως σκέψη 31, καθώς και ΕλΣυν 3210/2011, 2429/2011 Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης, ΕλΣυν 897/2012, 288/2012, 2069/2010 VI Τμ. Εν προκειμένω, διαπιστώνεται και πάλι η στενή σχέση των εκ παραλλήλου εξεταζόμενων διατάξεων του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) και του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), καθώς και η «συγγένεια» των εννοιών κατά την ερμηνευτική προσέγγιση των περιεχόμενων σε αυτές διατάξεων.

⁷⁰ «Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η σωρευτική αξία των τροποποιήσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.». Η συγκεκριμένη αναφορά, στην πραγματικότητα δεν ανευρίσκεται στην περίπτωση γ) , υπό γγ) της παρ. 1, αλλά στην περίπτωση β), υπό ββ) της παρ. 1, η οποία ρυθμίζει τη δεύτερη περίπτωση επιτρεπτής τροποποίησης του άρθρου 132 και αφορά τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση. Ωστόσο, η τελολογική και συστηματική προσέγγιση των δύο διατάξεων που σχετίζονται με την ενιαία, συνεπή και ορθή κατά την πρόθεση του νομοθέτη, ανάγνωση τους, επιβάλλει να γίνει δεκτό ότι ο ίδιος περιορισμός σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, ισχύει και στην περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 132 (εξάλλου το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει ταυτόσημη διατύπωση, με την περίπτωση γ), υπό iii) της παρ. 1 του ίδιου άρθρου).

⁷¹ Αυτό θα συνέβαινε επί παραδείγματι, βάσει της γραμματικής διατύπωσης της Οδηγίας, εάν, ναι μεν η υπογραφή κάθε επιμέρους τροποποιητικής σύμβασης βρισκόταν πράγματι έστω και οριακά, κάτω από το κατώφλι του 50% της αρχικής σύμβασης, εντούτοις, το συνολικό άθροισμα των επιμέρους τροποποιητικών συμβάσεων, κατέληγε αθέμιτα στο παράδοξο αποτέλεσμα να υπερβαίνει την αξία της αρχικής σύμβασης ή ακόμη και το πολλαπλάσιο αυτής.

⁷² Στη λογική του «not breaking the law, but bending the law».

και άπτεται της υποχρέωσης που έχει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου οι επακόλουθες τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης κατά τη συγκεκριμένη διάταξη να κριθούν επιτρεπτές, να μην αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής της Οδηγίας ή των διατάξεων του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω προϋπόθεση δεν τέθηκε τυχαία σε συνέχεια εκείνης που ορίζει ως ανώτατο όριο το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης, στην περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων⁷³ και αποτελεί, τα άκρα όρια ελέγχου συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής, με τις επιταγές της Οδηγίας και του Ν. 4412/2016 για τη διαπίστωση της επιτρεπτής εφαρμογής της τροποποίησης της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132. Θέτει με άλλα λόγια, τα ακραία σύνορα, εντός των οποίων δρα η ασφαλιστική δικλείδα του ενωσιακού και του εθνικού νομοθέτη, ώστε να ελεγχθεί η νομιμότητα διαδοχικών τροποποιήσεων, οι οποίες με τη μορφή των πολλαπλών αναθέσεων στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, μπορεί να υποκρύπτουν πρόθεση καταστρατήγησης, κατάχρησης ή στρέβλωσης της επιτρεπτής τροποποίησης της σύμβασης⁷⁴ εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής⁷⁵.

Τέλος, η πέμπτη και τελευταία προϋπόθεση που τίθεται, για την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων, αφορά την τήρηση των κανόνων δημοσιότητας και ειδικότερα την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να δημοσιεύσει σχετική γνωστοποίηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε., για κάθε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης για την εκτέλεση συμπληρωματικών έργων, την παροχή πρόσθετων υπηρεσιών ή την προμήθεια επιπλέον αγαθών⁷⁶. Στην πραγματικότητα, όπως και σε κάθε περίπτωση που προβλέπεται ως απαραίτητη προϋπόθεση νομιμότητας, η τήρηση σχετικών διατυπώσεων δημοσιότητας, με τη ρητή αυτή πρόβλεψη, ο ενωσιακός νομοθέτης θεσπίζει ένα μέσο ελέγχου των ενεργειών των αναθετουσών αρχών, καθώς με την καθιέρωση της εν λόγω υποχρέωσης, θα ασκείται ένας επιπλέον έλεγχος της σύννομης με το ενωσιακό δίκαιο εφαρμογής της παρεχόμενης στις αναθέτουσες αρχές, δυνατότητας για τροποποίηση των αρχικών συμβάσεων. Έτσι, σε κάθε περίπτωση τροποποίησης σύμβασης της εν λόγω περίπτωσης, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να συμπληρώνουν και να αποστέλλουν στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. το τυποποιημένο έντυπο «Γνωστοποίηση Τροποποίησης», το οποίο έχει εγκριθεί με τον

⁷³ Τόσο των επιμέρους τροποποιητικών συμβάσεων, βάσει της διατύπωσης της Οδηγίας, όσο και του συνολικού αθροίσματος της αξίας έκαστης εξ αυτών, σύμφωνα με την αυστηρότερη προϋπόθεση που έθεσε ο Έλληνας νομοθέτης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

⁷⁴ Χαρακτηριστικότερο παράδειγμα αποτελεί η επιδίωξη της μη εφαρμογής των σχετικών διατάξεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σαν συνέπεια φαινομένων διαφθοράς και συνεννόησης μεταξύ αυτής και του αναδόχου της αρχικής σύμβασης, τα οποία σκοπό έχουν να αποκλείσουν την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού, αποφέροντας αθέμιτα οφέλη σε αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη.

⁷⁵ Υπό την έννοια αυτή, η τέταρτη κατά σειρά προϋπόθεση, λειτουργεί συμπληρωματικά προς το ανώτατο όριο του 50%, αφού σε κάθε περίπτωση, οι διαδοχικές τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης θα πρέπει να μην υποκρύπτουν πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής για συλλήβδην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων της Οδηγίας ή του Ν. 4412/2016, όπως πχ. την αποφυγή εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων, ανάλογα με το είδος της σύμβασης, τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, την επιλογή του είδους των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων, των κανόνων δημοσιότητας, καθώς και εν γένει την τήρηση των διατάξεων περί διαφάνειας και ισότιμης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων.

⁷⁶ Η γνωστοποίηση λειτουργεί προφανώς ως μία πρόσθετη εξασφάλιση της τήρησης των αυστηρών, περιοριστικά απαριθμούμενων και σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής των υπό κρίση διατάξεων για την επιτρεπτή τροποποίηση εκτελούμενης σύμβασης.

Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2015/1986⁷⁷ (Παράρτημα XVII)⁷⁸. Ως προς τον χρόνο αποστολής της γνωστοποίησης δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη στις αντίστοιχες ρυθμίσεις, αλλά απλώς αναφέρεται ότι αυτή γίνεται βάσει των άρθρων 65 και 295 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 32 και 33 του Ν. 4413/2016 αντίστοιχα⁷⁹.

4. Η αντιμετώπιση της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα» του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) και της «ανάγκης τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων» της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 από την Α.Ε.Π.Π.

Οι εξεταζόμενες περιπτώσεις κατ' εξαίρεση προσφυγής στην απευθείας διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και της τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της, έτυχαν ερμηνευτικής προσέγγισης με δύο πρόσφατες αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. και συγκεκριμένα, την 1078/2018 και την 55/2019 αντίστοιχα.

I. Η ΑΕΠΠ 1078/2018

Τα πραγματικά περιστατικά της πρώτης υπόθεσης που τέθηκαν υπόψη της Α.Ε.Π.Π., αφορούσαν την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της νομιμότητας δημοσίευσης Πρόσκλησης σε δέκα (10) συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, για την επιλογή αναδόχου για την αποκατάσταση ζημιών και υποδομών από έντονα καιρικά φαινόμενα στο Οδικό Δίκτυο της αναθέτουσας αρχής. Η φερόμενη προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. υπόθεση⁸⁰, ενέπιπτε στο ρυθμιστικό πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι αφορμή για τη δημοσίευση της ανωτέρω Πρόσκλησης, έδωσε κατά την αναθέτουσα αρχή, κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απροβλεπτα γεγονότα που σημειώθηκαν στο Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο, λόγω έκτακτων καιρικών φαινομένων που έλαβαν τον χαρακτήρα θεομηνίας και εξαιτίας των οποίων προκλήθηκαν καταστροφές στις υποδομές του Οδικού Δικτύου της. Συγκεκριμένα, με απόφαση του αρμόδιου Περιφερειάρχη, λόγω έντονων βροχοπτώσεων που εκδηλώθηκαν κατά τις 11.02.2017 αποφασίστηκε να κηρυχθούν

⁷⁷ Εκτελεστικός Κανονισμός (ΕΕ) 2015/1986 της Επιτροπής της 11^{ης} Νοεμβρίου 2015, περί καταρτίσεως τυποποιημένων εντύπων για τη δημοσίευση προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και περί καταργήσεως του εκτελεστικού κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 842/2011 (L 296/1).

⁷⁸ Το τυποποιημένο έντυπο «Γνωστοποίηση Τροποποίησης» πρέπει να περιέχει κατά περίπτωση, τις πληροφορίες που περιλαμβάνονται:

- στο Μέρος Ζ' του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, εάν πρόκειται για συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο I του νόμου,
- στο Παράρτημα XVI του Προσαρτήματος Β' του Ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο II αυτού,
- στο Παράρτημα XI του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148/08.08.2016, «Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης - Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.3.2014) και άλλες διατάξεις») εφόσον πρόκειται για συμβάσεις παραχώρησης.

⁷⁹ Ωστόσο σε κάθε περίπτωση, είναι σαφές ότι θα πρέπει να τηρούνται εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, οι αρχές της διαφάνειας και της αναλογικότητας και να αποφεύγονται παρελκυστικές τακτικές που μπορεί να καταστήσουν αλυσιτελή την έγκαιρη γνωστοποίηση της τροποποίησης.

⁸⁰ Η αναθέτουσα αρχή αμφισβήτησε, όπως σημειώνεται στη σκέψη 20 της 1078/2018 απόφασης, την αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει επί της ασκηθείσας ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής. Ωστόσο αυτή κρίθηκε ότι αναμφίβολα θεμελιώνεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, το υπ' αριθμ. 51/2017 Πρακτικό Συνεδρίασης και Γνωμοδότηση του Συμβουλίου της Επικρατείας, Τμήμα Ε' και την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σκέψεις 21-24 της προαναφερθείσας απόφασης.

ορισμένες περιοχές σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, ήτοι έως και την 08.09.2017. Ακολούθως, το ίδιο Οδικό Δίκτυο, χτύπηθηκε στις 26.10.2017 από την καταιγίδα με την ονομασία «Δαίδαλος», με συνέπεια οι ίδιες περιοχές να κηρυχθούν εκ νέου σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης, μέχρι τις 26.10.2018, δυνάμει διαδοχικών αποφάσεων του αρμόδιου Περιφερειάρχη.

Ωστόσο, το αρμόδιο να κρίνει Κλιμάκιο έκανε δεκτή τη σχετική προσφυγή και απέριψε τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, αποφαινόμενο ότι δεν συνέτρεχε εν προκειμένω, περίπτωση κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, καθώς από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιόν του, δεν προέκυψε η κάλυψη σωρευτικώς του συνόλου των απαιτούμενων προϋποθέσεων, όπως αναπτύχθηκαν στην παρούσα, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διεξοδικά εκτεθείσας ανωτέρω εξαιρετικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, όπως έκρινε το οικείο Κλιμάκιο της Αρχής⁸¹, παρά το γεγονός ότι η θεομηνία που χτύπησε το Οδικό Δίκτυο της αναθέτουσας αρχής, εντάσσεται στην έννοια του απρόβλεπτου γεγονότος, το οποίο κατά τις επιταγές της νομολογίας προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, εντούτοις, η διαπίστωση της συνδρομής των λοιπών προϋποθέσεων, παρέμεινε κατά την άποψη του Κλιμακίου, νομικά και λογικά έωλη.

Κατ' αρχήν, όπως κρίθηκε, η αναθέτουσα αρχή, σε κανένα σημείο της προσβαλλόμενης με την προσφυγή Πρόσκλησης, δεν ανέφερε, ειδικά και συγκεκριμένα, τις ζημίες που προέκυψαν από τα έκτακτα καιρικά φαινόμενα, τα οποία χτύπησαν το Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο της περιοχής της, σε δύο διαφορετικούς χρόνους και δη στις 11.02.2017 και εν συνεχεία, στις 26.10.2017, αλλά αρκέστηκε σε μια γενική αναφορά αυτών, κρίνοντας ότι καθιστούσαν αναγκαία την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης, με στόχο την επαναφορά τους στο αρχικό κατά το δυνατόν επίπεδο και τη βελτίωση αυτών, ώστε να ικανοποιούνται οι απαραίτητες συνθήκες για την ασφαλή κυκλοφορία των οχημάτων, παραθέτοντας περαιτέρω τις απαιτούμενες εργασίες που θα εκτελούνταν από τον τελικό ανάδοχο. Συνεπώς, απεφάνθη το Κλιμάκιο της Αρχής, ότι δεν στοιχειοθετήθηκε εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, με αδιάσειστα στοιχεία και πέραν πάσης αμφιβολίας, η πραγματικά διαπιστωθείσα, ειδική και συγκεκριμένη ανάγκη που κρίνεται ως κατεπείγουσα, με την επίκληση συγκεκριμένων ζημιών στο πληγέν Οδικό Δίκτυο, οι οποίες εν τέλει δικαιολογούσαν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Ως εκ τούτου, απουσίαζε η απαιτούμενη πλήρη και ειδική αιτιολογία στην οποία πρέπει απαραίτητα να στηρίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία.

Περαιτέρω, το οικείο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. αρνήθηκε ότι η συνδρομή της κατεπείγουσας ανάγκης, μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, διαπιστώθηκε στην προκειμένη περίπτωση⁸². Σύμφωνα άλλωστε με το σκεπτικό της 1078/2018 απόφασης, κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, μεσολάβησαν και οι θερινοί μήνες, κατά τη διάρκεια των οποίων και κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, ήταν μάλλον απίθανο να εμφανιστούν νέα ακραία καιρικά

⁸¹ Βλ. ειδικότερα τις σκέψεις 27-35 της απόφασης.

⁸² Ειδικότερα, η απόφαση επεσήμανε στη σκέψη 31 αυτής, ότι, από τη συντέλεση της πρώτης θεομηνίας, στις 11.02.2017, μέχρι και την έναρξη της διαδικασίας διαπραγμάτευσης, μεσολάβησε χρονικό διάστημα ενός και πλέον έτους, χωρίς να δικαιολογείται επαρκώς ούτε στην Εισήγηση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η τελευταία εισηγήθηκε την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία, αλλά ούτε και στην Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εν τέλει αποφασίστηκε η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), η αιτία, για την οποία δεν κατέστη δυνατή η άμεση αντιμετώπιση των επικαλούμενων εκτεταμένων ζημιών στο Οδικό Δίκτυο, νωρίτερα, δεδομένου άλλωστε του επείγοντος χαρακτήρα αυτής.

φαινόμενα και κατά συνέπεια, μέχρι και την εκπνοή της αρχικής εξάμηνης κήρυξης σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, στις 08.09.2017, υπήρχε το χρονικό περιθώριο προκήρυξης τακτικού διαγωνισμού, με τήρηση των υποχρεώσεων δημοσιότητας για την αποκατάσταση των επικαλούμενων ζημιών. Το αυτό επιχείρημα, έκρινε το αρμόδιο Κλιμάκιο ότι ίσχυε και για τις ζημίες, οι οποίες προέκυψαν από την καταγίδα «Δαίδαλος», αφού από τις 26.10.2017, μέχρι και την έναρξη της διαδικασίας που εκκίνησε με την προσβαλλόμενη με την προσφυγή Πρόσκληση, μεσολάβησε χρονικό διάστημα ενός έτους, το οποίο περιελάμβανε και πάλι θερινούς μήνες, στη διάρκεια των οποίων, οι απαιτούμενες εργασίες αποκατάστασης θα μπορούσαν να διεξαχθούν ομαλότερα. Υπό την έννοια αυτή, κατέληξε η απόφαση, η προκηρυχθείσα διαδικασία, δεν φαίνεται να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι διενεργήθηκε σε συμμόρφωση με τη *ratio legis* της συγκεκριμένης διάταξης, δεδομένης της έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των ακραίων καιρικών φαινομένων και των προκληθεισών ζημιών στο συγκεκριμένο Οδικό Δίκτυο και της κοινοποίησης της Πρόσκλησης, χωρίς να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς, για ποιο λόγο η διαδραμείσα χρονική περίοδος, δεν επαρκούσε, ώστε να προκηρυχθεί τακτικός διαγωνισμός.

Αντίστοιχα, το αποφαινόμενο Κλιμάκιο δέχτηκε ότι δυσχερώς αποδεικνυόταν και η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, καθώς, από τις 08.09.2017, ημερομηνία εκπνοής της πρώτης κήρυξης σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, μέχρι και τις 26.10.2017, οπότε το Οδικό Δίκτυο χτυπήθηκε αυτή τη φορά από την καταγίδα με την ονομασία «Δαίδαλος», με συνέπεια να κηρυχθεί εκ νέου σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας και με αλληπάλληλες αποφάσεις του αρμόδιου Περιφερειάρχη, η κατάσταση αυτή να διατηρηθεί μέχρι και τις 26.10.2018, υπήρξε ένα διάστημα ενός και πλέον μηνός από τις 08.09.2017 έως και τις 26.10.2017, κατά τη διάρκεια του οποίου δεν συνέτρεχε καμία κατάσταση έκτακτης ανάγκης στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο. Με δεδομένο συνεπώς, ότι κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, υπήρχαν ήδη φθορές, ενδεχομένως και εκτεταμένες, στο Οδικό Δίκτυο, που έρχονταν άμεσης αποκατάστασης και λαμβάνοντας υπόψη ότι η καταγίδα «Δαίδαλος» ή οποιοδήποτε άλλο ακραίο καιρικό φαινόμενο, δεν ήταν γνωστό αν και πότε θα χτυπούσε το Οδικό Δίκτυο, υπήρχε το χρονικό διάστημα να προκηρυχθεί ανοιχτός διαγωνισμός ή έστω να εκκινήσουν προπαρασκευαστικές ενέργειες της αναθέτουσας αρχής, με αντικείμενο αντίστοιχο με αυτό της προσβαλλόμενης πράξης, ειδικά αφ' ης στιγμής, υπήρχε κατεπείγουσα ανάγκη. Η διαπιστωθείσα όμως κατά το σκεπτικό της απόφασης, αδράνεια της αναθέτουσας αρχής, μάλλον κατέτεινε στην αντίθετη κατεύθυνση, ήτοι, είτε ότι, εξαιτίας της πρώτης θεομηνίας, δεν υπήρχαν ζημίες στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο είτε ότι αυτές που υπήρχαν δεν δικαιολογούσαν τον χαρακτηρισμό της κατεπείγουσας ανάγκης, για την επιδιόρθωσή τους και μπορούσαν να αντιμετωπιστούν στα πλαίσια μιας συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας.

Περαιτέρω και εφόσον κρίσιμο στοιχείο, όπως ήδη εκτέθηκε πιο πάνω, είναι η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης σε καμία περίπτωση να μην απορρέει από δική της ευθύνη, όπως ιδίως παραλείψεις ή έλλειψη προγραμματισμού, επιμέλειας και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και γενικότερη αβελτηρία της, κατά λογική αναγκαιότητα, το Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π., κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι εκτεταμένες ζημίες στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο και η ενδεχόμενη επιδείνωσή τους, μετά από αλληπάλληλες θεομηνίες, έστω και αν υποτεθεί ότι δικαιολογούν τον χαρακτηρισμό του κατεπείγοντος, είναι σχεδόν βέβαιο ότι οφείλονται και στην αδικαιολόγητη

καθυστέρηση της αναθέτουσας αρχής να τις αντιμετωπίσει εγκαίρως και σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να τύχουν επίκλησης από την ίδια, προκειμένου να αιτιολογηθεί η αποφυγή εφαρμογής των κανόνων μιας τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή, όπως κρίθηκε με την 1078/2018 απόφαση, δεν απέδειξε ότι πράγματι η προκηρυχθείσα διαδικασία αφορούσε αποκλειστικά και μόνο τις απολύτως απαραίτητες εργασίες για την αποκατάσταση των φθορών στο Οδικό Δίκτυο, καθώς διαπιστώθηκε διάσταση μεταξύ των ελάχιστων εργασιών, τις οποίες εισηγήθηκε ως κατεπείγουσες η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της αναθέτουσας αρχής και των εργασιών που τελικά περιλήφθηκαν στην προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής⁸³. Ειδικότερα, όπως διαπιστώθηκε από το αρμόδιο Κλιμάκιο, κατά την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης, στην Πρόσκληση του έργου, περιλήφθηκαν και εργασίες μελλοντικές και αβέβαιες, οι οποίες εξ ορισμού είναι ασυμβίβαστες με την έννοια της κατεπείγουσας ανάγκης. Έτι περαιτέρω, σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης⁸⁴, η αναθέτουσα αρχή, δεν απέδειξε μετά πλήρους βεβαιότητας, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού διαγωνισμού.

Έτσι, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η κρίση του αποφαινόμενου Κλιμακίου ήταν ότι, δεν τηρήθηκαν στην προκειμένη περίπτωση από την αναθέτουσα αρχή, οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με συνέπεια να καθίσταται ακυρωτέα η συμπροσβαλλόμενη απόφαση⁸⁵ της αναθέτουσας αρχής και η εν γένει διαγωνιστική διαδικασία, όπως αυτή εκκίνησε με την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης στους επιλεγέντες οικονομικούς φορείς.

II. Η ΑΕΠΠ 55/2019

Η δεύτερη υπόθεση που ήρθε προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.⁸⁶, αφορούσε αναθέτουσα αρχή, η οποία προτίθετο να προβεί σε υπογραφή σύμβασης τροποποίησης ήδη εκτελούμενης αρχικής σύμβασης για την προμήθεια συγκεκριμένου φαρμακευτικού σκευάσματος. Όπως προέκυψε από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, η εν λόγω αναθέτουσα αρχή επί σειρά ετών, υπέγραφε αντίστοιχες συμβάσεις με τον μοναδικό προμηθευτή του συγκεκριμένου φαρμακευτικού σκευάσματος, ο οποίος δραστηριοποιείτο στην Ελλάδα και ομοίως είχε πράξει και για το έτος 2018, για το οποίο είχε δοθεί μάλιστα, όπως και κατά τα προηγούμενα έτη, η

⁸³ Για την κρίση ότι οι τελευταίες ήταν σαφώς πιο εκτεταμένες και αμφίβολο αν εμπίπτουν στην έννοια της κατεπείγουσας ανάγκης βλ. αναλυτικά σκέψη 33 της απόφασης.

⁸⁴ Βλ. σκέψη 34 της απόφασης.

⁸⁵ Για το ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης με την προσφυγή Πρόσκλησης, αποτελούν κατά τεκμήριο, αιτιάσεις και κατά της προγενέστερης αυτής, απόφασης, με την οποία κρίθηκε νόμιμη η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και άρα, συμπροσβάλλεται με την Πρόσκληση και η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' ορθή ερμηνεία του αιτήματος της προσφεύγουσας, ταυτόχρονα όμως και για λόγους ασφάλειας δικαίου, η οποία εν προκειμένω δεν εξυπηρετείται με τη διατήρηση της εν λόγω απόφασης στον νομικό κόσμο, σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης και της εν γένει διαδικασίας, κατά το αιτητικό της φερόμενης προς κρίση προσφυγής, βλ. αναλυτικά σκέψη 25 της απόφασης.

⁸⁶ Εν προκειμένω την αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει επί της ασκηθείσας ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής, αμφισβήτησε όχι η αναθέτουσα αρχή, αλλά η παρεμβαίνουσα εταιρεία, για τους λόγους που αναφέρονται στη σκέψη 22 της 55/2019 απόφασης. Ισχυρισμός, ο οποίος όμως καταρρίφθηκε δυνάμει της θεμελίωσης που αναλυτικά εκτίθεται στις σκέψεις 23-25 της προαναφερθείσας απόφασης.

απαιτούμενη εκ του νόμου προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.⁸⁷. Ωστόσο, σύμφωνα άλλωστε και με ομολογία της αναθέτουσας αρχής⁸⁸, οι ετήσιες ανάγκες της για το συγκεκριμένο φαρμακευτικό σκεύασμα που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, υπερέβησαν τον αρχικό προβλεφθέντα και εγκριθέντα προϋπολογισμό, με συνέπεια να προκύψουν έκτακτες ανάγκες, οι οποίες έπρεπε να καλυφθούν όψιμα. Εξ αυτού του λόγου, η αναθέτουσα αρχή, επικαλέστηκε την περίπτωση του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), προκειμένου με τροποποιητική σύμβαση της ήδη εκτελούμενης αρχικής, να μπορέσει να προμηθευτεί τα επιπλέον φαρμακευτικά σκευάσματα.

Τα κομβικής σημασίας πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων κλήθηκε να κρίνει το αρμόδιο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. τη νομιμότητα της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) ήταν ουσιαστικά δύο. Αφενός, όπως αποδείχθηκε από το υλικό που εξετάστηκε, σε αντίθεση με τον χρόνο υπογραφής της από 21.05.2018 αρχικής σύμβασης, αλλά και σε αντίθεση με όλα τα προηγούμενα έτη, κατά τα οποία η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας στην υπόθεση εταιρείας, ήταν μονόδρομος, λόγω έλλειψης εναλλακτικής λύσης, αφού δεν υπήρχε έτερος προμηθευτής που να εμπορευόταν τα εν λόγω σκευάσματα, πλέον κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης, τα δεδομένα είχαν μεταβληθεί άρδην, λόγω του ότι η προσφεύγουσα είχε στο μεταξύ αρχίσει να δραστηριοποιείται στον χώρο της εμπορίας των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, γεγονός που διαφοροποιούσε κατ' αρχήν ουσιαστικά τα δεδομένα που ίσχυαν κατά τον χρόνο υπογραφής της αρχικής σύμβασης βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση β)⁸⁹. Με αυτό το σκεπτικό, η νομιμότητα της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης κατά το άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ), προσέκρουε στο γεγονός ότι εμπορευόταν τα ίδια φαρμακευτικά σκευάσματα στην Ελλάδα και έτερος προμηθευτής, γεγονός που ήταν ήδη γνωστό στην αναθέτουσα αρχή⁹⁰.

Αφετέρου, από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. δεν προέκυψε άνευ άλλου τινός ότι η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής που έδωσε αφορμή για την προσφυγή σε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης οφείλονταν πράγματι σε απρόβλεπτα γεγονότα. Συγκεκριμένα, ήδη από το έτος 2012, οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, παρουσίαζαν σε ετήσια βάση μία διαρκώς αυξητική τάση, φτάνοντας από προϋπολογισμό αξίας οκτακοσίων τριάντα χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (830.900,00 €) το 2012 για την κάλυψη των αναγκών της στα εν λόγω φαρμακευτικά σκευάσματα, σε προϋπολογισμό αξίας ενός εκατομμυρίου εκατόν ενενήντα χιλιάδων

⁸⁷ Για την απαιτούμενη προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για τη σύννομη υπογραφή της αρχικής σύμβασης ανάθεσης με τον μοναδικό προμηθευτή κατά το άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση β) του Ν. 4412/2016, βλ. αναλυτικά τη σκέψη 23 της 55/2019 απόφασης και επίσης, ανωτέρω στην παρούσα, υποσημείωση 45.

⁸⁸ Βλ. σχετικά σκέψη 34 της απόφασης.

⁸⁹ Η ανωτέρω παραδοχή είχε καταστεί σαφής και δυνάμει της χορηγηθείσας σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «[...] Τέλος, όπως έχει ήδη επισημανθεί και με προηγούμενες γνώμες της Αρχής (βλ. 201/2015, 79/2016, 26/2017) σε αντίστοιχα αιτήματα της ίδιας αναθέτουσας αρχής και ανεξάρτητα από την ως άνω τεκμηρίωση ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι δεν υφίσταται ανταγωνισμός, στην προκειμένη περίπτωση, για τεχνικούς λόγους, παρά το ότι η μοναδικότητα του προμηθευτή στην προκειμένη περίπτωση έχει παροδικά χαρακτηριστικά, τα οποία εξετάζονται *ad hoc* σε δεδομένο χρονικό σημείο. Γι' αυτό και συνιστάται στο μέλλον η διενέργεια ανοιχτής διαγωνιστικής διαδικασίας, έστω και αν σε δεδομένη χρονική στιγμή εμφανίζεται μόνο ένας υποψήφιος προμηθευτής. [...]».

⁹⁰ Μάλιστα, λόγω της παράλληλης δραστηριοποίησης έτερου προμηθευτή, η αναθέτουσα αρχή, για το 2019 είχε προκηρύξει τακτικό διαγωνισμό, με δημοσίευση διακήρυξης ήδη από τις 07.11.2018, ήτοι με ημερομηνία προγενέστερη από την αντίστοιχη της έκδοσης της προσβαλλόμενης με την κρινόμενη προσφυγή πράξης για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης του 2018.

ευρώ (1.190.000,00 €) το 2016 κατά την προσφεύγουσα, άλλως, ενός εκατομμυρίου ενενήντα χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα εννέα ευρώ και είκοσι έξι λεπτών (1.090.499,26 €), σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκόμισε και επικαλέστηκε η αναθέτουσα αρχή. Η ίδια δε η αναθέτουσα αρχή παραδέχτηκε ότι το έτος 2017, οι αντίστοιχες δαπάνες της για προμήθεια των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, ανήλθαν σε ένα εκατομμύριο εκατόν πενήντα δύο χιλιάδες διακόσια ευρώ και εξήντα έξι λεπτά (1.152.200,66 €), ήτοι σημειώθηκε μία σημαντική αύξηση στην προϋπολογισθείσα δαπάνη σε σχέση με το αμέσως προηγούμενο έτος. Οι δε διαρκώς αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για χρονικό διάστημα πενταετίας (από το έτος 2012 έως το 2017), κατέτειναν στο ότι και για το έτος 2018 οι ανάγκες της θα εμφανίζονταν έτι περισσότερο αυξημένες.

Όπως άλλωστε παραδέχτηκε και η ίδια, αν και η αρχική της πρόβλεψη ήταν για δέσμευση πίστωσης ύψους ενός εκατομμυρίου εκατόν πενήντα χιλιάδων ευρώ (1.150.000,00 €), ήτοι ποσού το οποίο υπολειπόταν έστω και οριακά, της πραγματοποιηθείσας δαπάνης για το έτος 2017, εν τέλει, το πραγματικά προϋπολογισθέν και δεσμευθέν ποσό του προϋπολογισμού για το έτος 2018, μειώθηκε σε ένα εκατομμύριο εκατόν τριάντα χιλιάδες ευρώ (1.130.000,00 €), το οποίο με βάση τις αναμενόμενες προβλέψεις και τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο, αν όχι αδύνατο να καλύψει τις αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για το έτος 2018. Το οικείο Κλιμάκιο απεφάνθη ότι το αδιαμφισβήτητο αυτό γεγονός ήταν εξ αρχής γνωστό και δεν μπορούσε να εκφύγει της προσοχής μίας επιμελούς αναθέτουσας αρχής, η οποία, βασιζόμενη σε στοιχεία των προηγούμενων πέντε ετών, στα πλαίσια του προγραμματισμού της για την κάλυψη των αναγκών της στα υπό κρίση φαρμακευτικά σκευάσματα για το έτος 2018, μπορούσε ευχερώς να συνάγει, ότι οι συνεχώς αυξανόμενες απαιτήσεις της θα κατέληγαν με μεγάλη πιθανότητα, να υπερβούν το ποσό του εγκριθέντος από αυτήν προϋπολογισμού.

Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, κατά το σκεπτικό της 55/2019 απόφασης, προέκυψε ότι το επικαλούμενο από την αναθέτουσα αρχή, γεγονός της αιφνίδιας, ιδιαίτερα μεγάλης αύξησης στη ζήτηση των ανωτέρω φαρμακευτικών σκευασμάτων, απείχε πολύ από το να μπορεί να χαρακτηριστεί «απρόβλεπτο γεγονός» κατά την έννοια του νόμου και της Οδηγίας, ώστε να δικαιολογείται η επιτρεπτή τροποποίηση της αρχικής σύμβασης για το έτος 2018, χωρίς διεξαγωγή νέας διαγωνιστικής διαδικασίας. Τουναντίον, έκρινε το αρμόδιο Κλιμάκιο, η στάση της αναθέτουσας αρχής, με βάση στοιχεία που η ίδια είχε στην κατοχή της, δείχνει έλλειψη επιμέλειας και συνετού προγραμματισμού⁹¹ κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018 για την προμήθεια των συγκεκριμένων σκευασμάτων^{92,93}.

⁹¹ Πάντως, επισημάνθηκε ότι δεν διαπιστώθηκε κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου, πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, για αποφυγή της εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι και μη διεξαγωγής τακτικού διαγωνισμού, αλλά η έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, οφειλόταν σε παρερμηνεία της έννοιας του «απρόβλεπτου γεγονότος» εκ μέρους της και σε εσφαλμένη εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης.

⁹² Για το ότι η επίκληση απρόβλεπτων περιστάσεων για την εφαρμογή της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) δεν πρέπει να ανάγεται σε γεγονότα που εμπίπτουν στη σφαίρα ευθύνης της ίδιας της αναθέτουσας αρχής βλ. σκέψη 30-32 της 55/2019 απόφασης και ανωτέρω σελ. 5-7 της παρούσας και εκεί υποσημειώσεις.

⁹³ Απορριπτέος όμως κρίθηκε και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, περί έλλειψης κονδυλίων, η οποία δεν επέτρεπε διάθεση μεγαλύτερου προϋπολογισμού για την προμήθεια των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, αφού θα έπρεπε να καλυφθούν από τις υπόλοιπες πιστώσεις και άλλες ανάγκες αναλωσίμων, καθώς κατά την άποψη του Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. δεν αποδείχθηκε εναργώς η μεταβολή των οικονομικών δεδομένων της αναθέτουσας αρχής, ως προς τα διαθέσιμα ποσά, κατά τρόπο, ώστε η έλλειψη πόρων κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018, να καλύφθηκε και μάλιστα σε ύψος διακοσίων χιλιάδων ευρώ (200.000,00 €) κατά τον χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης

Με αυτό το αιτιολογικό, η προσφυγή έγινε δεκτή και η Α.Ε.Π.Π. έκρινε ότι η επίκληση απρόβλεπτων γεγονότων εκ μέρους της αναθέτουσας για την εφαρμογή της διαδικασίας τροποποίησης της αρχικής σύμβασης του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), δεν έβρισκε έρεισμα στον νόμο.

5. Συμπέρασμα

Συμπερασματικά λοιπόν, ενόψει των όσων αναπτύχθηκαν ανωτέρω, πρέπει να ειπωθεί ότι οι δύο διατάξεις, ήτοι τόσο εκείνη του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) όσο και η αντίστοιχη του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) διάγουν βίους παράλληλους. Οι έννοιες της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα», όπως και η «ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων», οι οποίες βρίσκονται στον πυρήνα των δύο ρυθμίσεων, παρά τη διαφορετική τους διατύπωση είναι βέβαιο ότι εννοιολογικά ταυτίζονται. Αυτό συνάγεται και από τη νομολογιακή διάπλαση της έννοιας του απρόβλεπτου γεγονότος, αλλά και της κατεπείγουσας ανάγκης, όπως ερμηνεύθηκε μέσα από τις αποφάσεις του ΔΕΕ, των εθνικών δικαστηρίων και του ΕΛΣυν, της οποίας, η νεότευκτη ρύθμιση του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «υιοθέτησε» αυτούσια τα νομολογιακά πορίσματα.

Όπως είναι προφανές κατά την πρόθεση των εμπνευστών της, η καινοτομία της τροποποίησης μιας ήδη εκτελούμενης σύμβασης, στην αφετηρία της εφαρμογής της κρίθηκε περισσότερο συνετό να κινηθεί στα ασφαλή ύδατα μιας δοκιμασμένης συνταγής, τουλάχιστον σε ό,τι αφορά την περίπτωση γ), όταν συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη που προέκυψε εξαιτίας απρόβλεπτων περιστάσεων⁹⁴. Στο αυτό συμπέρασμα συνηγορεί και η έκταση του υπό κρίση άρθρου εν συνόλω, καθώς και η εξαντλητική ρύθμιση των περιπτώσεων επιτρεπτής τροποποίησης, δείγμα εν μέρει της γενικότερη «αμηχανίας», με την οποία αντιμετωπίστηκαν νομοτεχνικά οι σχετικές διατάξεις, αλλά και της προβληματικής που ήδη αναπτύχθηκε γύρω από την ορθή εφαρμογή τους⁹⁵.

Είναι περαιτέρω σαφές, ότι για την εφαρμογή αμφοτέρων των διατάξεων πρέπει να συντρέχουν οι περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις έκαστης εξ αυτών, όπως αναλύθηκαν διεξοδικά ανωτέρω. Ιδιαίτερη έμφαση και προσοχή πρέπει να δίνεται στον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή και της κατεπείγουσας ανάγκης που προκύπτει από αυτό, ώστε να δημιουργείται σχέση αιτίου και αιτιατού ανάμεσά τους, κατά την έννοια ότι δεν μπορεί να απολείπεται το πρώτο, χωρίς ταυτόχρονα να συναπολείπεται και το δεύτερο. Είναι κρίσιμο να αποσαφηνιστεί πλήρως ότι προκειμένου να δικαιολογηθεί ασφαλώς εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής η εφαρμογή των εξεταζόμενων διατάξεων, είναι απαραίτητο να συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία να οφείλεται σε απρόβλεπτο γεγονός. Ομοίως, η διαπίστωση της ύπαρξης απρόβλεπτων γεγονότων, πρέπει αναγκαστικά να κατατείνει στην πρόκληση κάποιας κατεπείγουσας ανάγκης, η κάλυψη της οποίας

απόφασης για προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), στις 19.11.2018, ήτοι περίπου ένα μήνα πριν την εκπνοή της διάρκειας της αρχικής εκτελούμενης σύμβασης.

⁹⁴ Πρβλ. το άρθρο 31 παρ. 4 α) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και το αντίστοιχο άρθρο 25 παρ. 4 α) του ΠΔ 60/2007, σχετικά με τα συμπληρωματικά έργα και υπηρεσίες, το οποίο καιτοι υπαγόταν στις περιπτώσεις που μπορούσε να δικαιολογηθεί η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, στην πραγματικότητα επρόκειτο για προπομπή της διάταξης για την τροποποίηση σύμβασης και ως τέτοια μεταφέρθηκε σχεδόν αυτούσια, στην παρ. 1 περίπτωση β) του άρθρου 132 του νόμου.

⁹⁵ Βλ. και Sanchez Graells, A. Modification of Contracts during their term under reg. 72, June 19, 2015, διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/06/modification-of-contracts-during-their.html>.

επιβάλλει την παράκαμψη εφαρμογής των κανόνων μιας συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας⁹⁶.

Εν κατακλείδι, οι προϋποθέσεις προσφυγής σε ανάθεση κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, έχουν πλέον αποκρυσταλλωθεί μέσα από τη νομολογιακή τους διάπλαση και έχουν γίνει αντικείμενο μακρόχρονης επεξεργασίας. Είναι λογικό, η εφαρμογή της τροποποίησης μιας εκτελούμενης σύμβασης, ως εξαιρετικής διαδικασίας που νομοθετικά βρίσκεται στα σπάργανα, έστω και αν είχε αντιμετωπιστεί σε σειρά υποθέσεων ενώπιον του ΔΕΕ, να αντλεί τα σταθερά σημεία αναφοράς της από παραδεδομένες αρχές. Η εξέλιξη της ωστόσο, μέσα από την προϊούσα εφαρμογή της στην πράξη, αναμένεται συν τω χρόνω να τη σχηματοποιήσει ενδεχομένως διαφορετικά και να της προσδώσει την απαραίτητη αυτονομία, προκειμένου να συνάδει με τις ιδιαιτερότητες της τροποποίησης μιας εκτελούμενης σύμβασης, όπως αυτή εκφεύγει του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης, παρά το γεγονός ότι η τροποποίηση μιας δημόσιας σύμβασης για οποιονδήποτε λόγο, κατ' αρχήν δεν κρίνεται απόλυτα συμβατή με τους κανόνες του ανταγωνισμού, όπως αυτοί διέπουν το σύνολο των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ⁹⁷.

⁹⁶ Αυτή εξάλλου, ήταν και η προσέγγιση της Α.Ε.Π.Π. στις σχολιασθείσες στην παρούσα αποφάσεις, αφού στην ΑΕΠΠ 1078/2018, πράγματι διαπιστώθηκε η συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, το μεσαλαβούν όμως χρονικό διάστημα μέχρι την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), κατέλυε τον αναγκαίο σύνδεσμο με την επείγουσα ανάγκη που επικαλείτο η αναθέτουσα αρχή ότι συνέτρεχε (ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι υπήρχε τέτοια, γεγονός πάντως που η απόφαση δεν δέχτηκε στο σκεπτικό της ότι προέκυπτε άνευ άλλου τινός από το πραγματικό υλικό που εξετάστηκε (βλ. σκέψη 32 της απόφασης).

Ομοίως στην ΑΕΠΠ 55/2019, κρίθηκε ότι δεν αποδείχθηκε η ύπαρξη απρόβλεπτων περιστάσεων, παρά το γεγονός ότι όντως προέκυψε κατεπείγουσα ανάγκη που δικαιολογούσε κατ' αρχήν, την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της και πριν την εκπνοή της. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ακόμα και αν γινόταν δεκτή η διαπίστωση απρόβλεπτου γεγονότος, η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ αυτού και της κατεπείγουσας ανάγκης, έγινε δεκτό ότι καταργήθηκε, λόγω έλλειψης προγραμματισμού και επιμέλειας της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν προέβλεψε ορθά τις διαρκώς ετήσιες αυξανόμενες ανάγκες της στα προς προμήθεια φαρμακευτικά σκευάσματα. Ως εκ τούτου, δεν μπορούσε να επικαλεστεί τη συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης, αφού υπήρχε δική της ευθύνη που προκάλεσε την τελευταία.

⁹⁷ Όπως άλλωστε παραδέχεται και ο Sanchez Graells, A., ό.π.: «*Finally, article 72(5) of Directive 2014/24 is very clear in establishing that a new procurement procedure in accordance with its rules (ie, the termination of the existing contract and the consequent re-tendering of the substantially modified contract) will be necessary in all situations where the modification of the contract is substantial and does not derive either from clear, precise and unequivocal revision clauses, or from changes justified on grounds of necessity.*

Globally, then, the new rules on the modification of contracts during their term fundamentally keep a pro-competitive orientation and set an appropriate framework that, if properly applied, should minimise competition distortions. However, the rules are not fully-compliant with the needs of a pro-competitive procurement system when it comes to the issue of contractual extensions and the award of additional works, which have received a particularly lenient treatment in Directive 2014/24, ...».