

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1^η Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ. αριθμ. Ν138/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, την από 03.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1138/04.06.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί: α) το απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της 10ης/22-04-2021 συνεδρίασης, β) η υπ' αριθμ.Σύμβαση Ανάθεσης(CPV) στην εταιρεία «.....», καθώς και γ) οι υπ' αριθμ. πρωτ.,καιΠροσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρ. 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016 και το άρ. 33 του Ν. 4764/2020 για την παροχή υπηρεσιών(CPV), καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με την ανωτέρω Απόφαση,

τη σύμβαση και που αναφέρεται στην διαπραγμάτευση που προκηρύχθηκε με τις ανωτέρω Προσκλήσεις υποβολής προσφορών.

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς των προσβαλλόμενων πράξεων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού επτακοσίων ενενήντα έξι ευρώ και σαράντα λεπτών 796,40€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 03.06.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1138/04.06.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξεων που εκδόθηκαν στο πλαίσιο της επίμαχης διαδικασίας, συνολικού προϋπολογισμού, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει τις ως άνω πράξεις, καθόσον η κατ' αυτών Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού (Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ. αριθμ.σύμβαση ανάθεσης υπηρεσιών [CPV] του Γ.Ν.με την εταιρεία «.....» αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27.05.2021).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της επίμαχης διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση Προκήρυξης (βλ. αναλυτικότερα, σκέψεις 15, 16 και 17 της παρούσας Απόφασης). Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει στην Προσφυγή της ως προς το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος: «[...] Σημειωτέον, το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος κρίθηκε από την Α.Ε.Π.Π. και με την υπ' αριθ. 989/2021 απόφασή της, επί της προσφυγής κατά της προηγούμενης διαδικασίας, χωρίς την πρόσκληση της ημετέρας εταιρείας. Συγκεκριμένα, με την ανωτέρω απόφαση κρίθηκε: «Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό κρίση πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και της υπογραφείσας σύμβασης και έχει αναλάβει στο παρελθόν αντίστοιχες συμβάσεις της αναθέτουσας αρχής έχει συμφέρον να της ανατεθεί η υπό κρίση σύμβαση, την οποία δεν ανέλαβε, ως ισχυρίζεται, λόγω των παράνομων ενεργειών της αναθέτουσας αρχής και ειδικότερα, λόγω της παράνομης προσφυγής της στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.» (σκ. 18, αλλά και περί του εννόμου συμφέροντος σκ. 15 - 17). Συνεπώς, παραδεκτώς και ως έχουσα προφανές, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον να συνάψει την οικεία σύμβαση ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας τις κατωτέρω εκτιθέμενες αιτιάσεις κατά της διαδικασίας που

ακολουθήθηκε και τους λόγους για τους οποίους η συναφθείσα δυνάμει της διαδικασίας αυτής σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί [...] 3) Η ημετέρα εταιρεία έλαβε γνώση της προσβαλλομένης αποφάσεως, με την οποία βλάπτονται τα έννομα συμφέροντά μου, στις 27-05-2021, ότε και διαπίστωσε ότι έχει αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ η υπ. αριθμ.σύμβαση ανάθεσης υπηρεσιών (CPV) του Γ.Ν.με την εταιρεία και στη συνέχεια ανατρέχοντας στην πλατφόρμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης αποφάσεως. Συνεπώς, από την επομένη της κατά τα ανωτέρω γνώσεως εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία που ορίζεται στα άρθρα 4§2 του Π.Δ. 39/2017 και 361§2 του ν. 4412/2016 για την άσκηση της παρούσης προσφυγής. [...]

A) Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα:

«ΙΣΤΟΡΙΚΟ

I) Η ημετέρα εταιρεία δραστηριοποιείται, με συνέπεια και επιτυχία με την παροχή υπηρεσιώνπρος το Δημόσιο, Ν.Π.Δ.Δ. και οργανισμούς - φορείς του δημοσίου, χωρίς ποτέ να κηρυχθεί έκπτωτη. Ούτω, η ημετέρα εταιρεία διαθέτει την ικανότητα, την τεχνογνωσία και την εμπειρία παροχής των ως άνω υπηρεσιών και έχει τις προϋποθέσεις και την τεχνική και οικονομική υποδομή που ορίζονται στο νόμο για να συμμετάσχει σε οποιαδήποτε διαδικασία για την ανάθεση των σχετικών υπηρεσιών, που διενεργείται κάθε φορά με τη διεξαγωγή δημόσιου διαγωνισμού.

Στα πλαίσια αυτά, παρέιχε επί σειρά ετών και ως τον Αύγουστο του 2020 με συνέπεια και επιτυχία υπηρεσίες των κτιρίων του νοσοκομείου «.....».

II) 1) Με τις υπ⁷ αριθ. καιπροσκήσεις υποβολής προσφορών, του ως άνω νοσοκομείου, προς την ημετέρα εταιρεία και την εταιρεία «.....» κληθήκαμε να υποβάλλουμε προσφορές για την παροχή υπηρεσιών των κτιρίων του νοσοκομείου, κατά το χρονικό διάστημα από 01-09-2020 έως 30-09-2020.

Το Δ.Σ. του νοσοκομείου, με το απόσπασμα πρακτικών, της υπ' αριθ.συνεδρίασης, αποφάσισε:

1. Την έγκριση, ανάθεση των υπηρεσιών του νοσοκομείου από 01-09-2020 έως 30-09-2020 στην μειοδότηρια εταιρεία

Αριθμός απόφασης: Σ1845/2021

2. Την υπογραφή της σχετικής Συμβάσεως με την ανάδοχο εταιρεία αντί ποσού 91.494,80 € με Φ.Π.Α.

Κατά της ως άνω αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, άσκησε η ημετέρα εταιρεία ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της ως άνω αποφάσεως και της συναφθείσης συμβάσεως για τους λόγους που εκτίθενται στην ασκηθείσα προσφυγή μου. Επί της προσφυγής μου, η ως άνω εταιρεία άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. παρέμβαση.

Η Α.Ε.Π.Π. με την υπ' αριθ. 1401/2020 απόφασή της, αν και δέχτηκε ότι η προσφορά της ανακηρυχθείσης αναδόχου δεν είναι νόμιμη, απέρριψε την προσφυγή μου, με την αιτιολογία ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό μου έννομο συμφέρον προβολής αιτιάσεων κατά της οικονομικής προσφοράς της ανακηρυχθείσης αναδόχου και δέχθηκε την παρέμβαση της ως άνω εταιρείας.

Κατά της ως άνω αποφάσεως η ημετέρα εταιρεία άσκησε αίτηση αναστολής, αιτούμενη την αναστολή των προσβαλλομένων με αυτήν πράξεων. Το Διοικητικό Εφετείο Πειραιά (τμήμα Α2' ακυρωτικό), με την υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφασή του, αφού δέχθηκε ότι συντρέχει στο πρόσωπό μου έννομο συμφέρον προβολής αιτιάσεων κατά της οικονομικής προσφοράς της ανακηρυχθείσης αναδόχου, αποφάσισε τα εξής:

«Δέχεται την Αίτηση

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αναστέλλει την εκτέλεση της με αριθμό 1401/2020 απόφασης του 5ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, εκτός του κεφαλαίου αυτής με το οποίο κρίθηκε με οριστική διάταξη ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας δεν είναι νόμιμη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Διατάσσει ως κατάλληλο μέτρο την αναστολή της; σε συνέχεια της προσβαλλόμενης συμβάσεως, περαιτέρω παροχής υπηρεσιών της παρεμβαίνουσας εταιρείας προς το καθ' ου νοσοκομείο από 1-3-2021 και εντεύθεν.

Επιτρέπει την εκτέλεση των ήδη υπογραφεισών συμβάσεων μεταξύ του εν λόγω Νοσοκομείου και της παρεμβαίνουσας, για το χρονικό διάστημα μέχρι 28 Φεβρουάριου 2021 ...»

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

Η ημετέρα εταιρεία άσκησε εμπροθέσμως την υπ' αριθ. κατ.αίτηση ακυρώσεως κατά των ως άνω πράξεων και ούτω διατηρείται η ισχύς της αναστολής εκτελέσεως

2) Στη συνέχεια, και μετά τη λήξη της συμβάσεως για το μήνα Σεπτέμβριο 2020, η αναθέτουσα αρχή, **με την υπ' αριθ. πρωτ.πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιώνεκάλεσε την ως άνω εταιρεία (.....) σε διαπραγμάτευση για την παροχή υπηρεσιών μηνός Οκτωβρίου 2020.** Με την υπ' αριθ. 21η συνεδρίασή του την 29.09.2020/Θέμα 6ο απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αποφασίστηκε η απευθείας ανάθεση της παροχής των υπηρεσιών για τον μήνα Οκτώβριο 2020 στην ως άνω εταιρεία. Ούτω, συνήφθη η υπ' αριθ. σύμβαση υπηρεσιών για τον μήνα Οκτώβριο 2020 μεταξύ του Νοσοκομείου και της εταιρείας «.....» ...

Ακολούθως, με την υπ' αριθ. πρωτ.πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιώνεκάλεσε την ως άνω εταιρεία (.....) σε διαπραγμάτευση για την παροχή υπηρεσιών για χρονικό διάστημα δυο μηνών, ήτοι από 01η-11-2020 έως και 31-12-2020, με δυνατότητα 2μηνης παράτασης. **Με την υπ' αριθ. 22η συνεδρίασή του την 22-10-2020/Θέμα 10ο απόφαση της αναθέτουσας αρχής,** αποφασίστηκε η απευθείας ανάθεση της παροχής των υπηρεσιών για τον διάστημα δυο μηνών, ήτοι από 01η-11-2020 έως και 31-12-2020, με δυνατότητα 2μηνης παράτασης στην ως άνω εταιρεία. Ούτω, συνήφθη η υπ' αριθ.σύμβαση υπηρεσιών για χρονικό διάστημα από 01η-11-2020 έως 31-12-2020 με δυνατότητα 2μηνης παράτασης, μεταξύ του Νοσοκομείου και της εταιρείας «.....».

3) Με την από 09-02-2021 εξώδικη - δήλωση - πρόσκληση - διαμαρτυρία μου, εκάλεσα το καθ' ου να συμμορφωθεί με το περιεχόμενο της ως άνω αποφάσεως, την οποία (απόφαση) συγκοινοποίησα σε αυτό, με την ως άνω εξώδικη δήλωσή μου, με την υπ' αριθ.έκθεση επιδόσεως του δικαστικού επιμελητού και ούτω έλαβε πλήρη γνώση της αποφάσεως και του περιεχομένου της.

4) Με την από 23-02-2020 νέα εξώδικη δήλωση - πρόσκληση - διαμαρτυρία μου, η οποία κοινοποιήθηκε στο καθ' ου με την υπ' αριθ.έκθεση επιδόσεως του αυτού ως άνω δικαστικού επιμελητού, μεταξύ των άλλων, επεσήμανα στο καθ' ου τα εξής:

5) «... Περαιτέρω, σας γνωρίζω ότι λύση που θα αποσκοπεί στη διατήρηση της υφιστάμενης καταστάσεως είτε με απευθείας ανάθεση είτε με διαπραγμάτευση, μόνο με ένα φορέα και δη τον προηγούμενο ανάδοχο, δεν θα είναι νόμιμη, **γιατί δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που ορίζουν οι σχετικές διατάξεις του ν. 4412/2016 και οι οποίες δεν επιτρέπουν στις αναθέτουσες αρχές να προσφεύγουν σε αυτές τις επιλογές, ιδίως όταν οι περιστάσεις που επικαλούνται για την αιτιολόγηση της επιλογής αυτής, απορρέει από δική τους ευθύνη.**

6) Ούτω, σας καλώ να λειτουργήσετε στα πλαίσια του νόμου και να απέχετε από οποιαδήποτε «φωτογραφική» επίλυση του ζητήματος και να αντιμετωπίσετε το ζήτημα με νόμιμο τρόπο, όπως ορίζει η ανωτέρω απόφαση του Δ.Εφ.Πειρ. ...»

7) Παρά ταύτα, η διοίκηση του καθ' ου, με την ανωτέρω πρόσκληση, κάλεσε σε διαπραγμάτευση, μόνο την εταιρεία και στη συνέχεια, με την **υπ' αριθ. 6/04-03-2021 απόφαση ανακήρυξε αυτήν ανάδοχο και προχώρησε στη σύναψη της υπ' αριθ.συμβάσεως** για το χρονικό διάστημα από 01-03-02021 έως 31-03-2021.

8) Η ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής, συνιστά μη συμμόρφωση προς τα κριθέντα με την υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφαση του Δ.Εφ.Πειρ. και για το λόγο αυτό, η ημετέρα εταιρεία, κατέθεσε, ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου, την υπ' αριθ. αίτηση μη συμμόρφωσης σε δικαστική απόφαση κατά τα άρθρα 95§5 του Σ., 50 παρ. 4 του Π.Δ. 18/1989, και τις διατάξεις του ν. 3068/2002 και του Π.Δ. 61/2004, η οποία εκδικάστηκε στις 13-05-2021 και αναμένεται η έκδοση της σχετικής πράξης του δικαστηρίου.

Επίσης, κατά της ως άνω αποφάσεως (6/04-03-2021) της αναθέτουσας αρχής και της συναφθείσης (10/2021) συμβάσεως, η ημετέρα εταιρεία άσκησε την υπ' Γ.Α.Κ. **697/2021 προδικαστική προσφυγή, αιτούμενη την ακύρωσή τους.**

Η Α.Ε.Π.Π. με την υπ' αριθ. 989/2021 απόφασή της:

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

«Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τηνσύμβαση της αναθέτουσας αρχής με την εταιρείαγια την παροχή υπηρεσιών για ένα μήνα από 1-03-2021 έως 31-03-2021.

Διατάσσει την επιστροφή του παράβολου.» [...]

Β) Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα αναφέρει τα κάτωθι:

«Δ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τους κατωτέρω νομίμους, βάσιμους και αληθινούς λόγους:

1) ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΕ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΤΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Στο άρθρο 26 του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν:

α) στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα ή

β) στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31. ...

6. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητό στο άρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.»

Στο άρθρο 32 του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: ...

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση.

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. ...»

Στο ανωτέρω άρθρο προβλέπονται οι λόγοι, υπό τους οποίους οι αναθέτουσες αρχές επιτρέπεται να προσφεύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Η προσφυγή στη διαδικασία αυτή προϋποθέτει την πλήρωση συγκεκριμένων όρων που τίθενται από το νομοθέτη. Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στο ανταγωνισμό, η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξη σύμβασης χρησιμοποιείται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Με δεδομένο ότι κατά τη διαδικασία αυτή, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να γνωστοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για τη σύναψη συμβάσεως, μέσω προκήρυξης και μπορεί να διαπραγματευτεί απευθείας ακόμη και με έναν φορέα, έχει χαρακτηριστεί με την αιτιολογική σκέψη 13 της οδηγίας 2007/66 ως η σημαντικότερη παράβαση του ενωσιακού δικαίου, την οποία επιστρατεύτηκαν να καταπολεμήσουν και οι δικονομικοί κανόνες του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου (Οδηγία 2007/66/Ε.Κ.) επιφυλάσσοντας την παράνομη απευθείας ανάθεση τη βαρύτερη προβλεπόμενη κύρωση, αυτή της δυνατότητας κήρυξης άκυρης μιας σύμβασης, που ανατέθηκε παρανόμως απευθείας (άρθρα 368 - 371 του ν. 4412/2016) καθώς και την θέσπιση δικαιώματος αποζημίωσης (Ράικος, Δημόσιες Συμβάσεις, άρθρο 32, σχόλια).

Με τα δεδομένα αυτά, η εν λόγω διαδικασία στο μέτρο που συνιστά παρέκκλιση από τον κανόνα διεξαγωγής διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί νόμιμα να λαμβάνει χώρα μόνο στις περιοριστικά απαριθμούμενες στη διάταξη αυτή περιπτώσεις (*numerus clausus*) συσταλτικά ερμηνευομένων, κατά την πάγια νομολογία του δικαστηρίου της Δ.Ε.Ε. (αιτιολογική σκέψη 50 της οδηγίας 2014/24/Ε.Ε.). Αλλά και κατά τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις κατά κανόνα με τη διαδικασία του ανοιχτού ή κλειστού διαγωνισμού, ενώ η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης και για τον λόγο αυτό εφαρμόζεται μόνο υπό τις αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις, καθόσον συνιστά παρέκκλιση από τις

αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Για το λόγο αυτό, αποτελεί τόσο κατά το ευρωπαϊκό, όσο και κατά το εθνικό δίκαιο εξαιρετική διαδικασία.

Ούτω, και κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως και των προεκτεθέντων η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα διενέργειας ανοιχτού ή κλειστού διαγωνισμού να συνάπτει δημόσια σύμβαση στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, όμως μόνο εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία.

Ειδικότερον, για το ζήτημα της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία, έχει κριθεί: «... η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερό κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010). Εξάλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφαΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής;

β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες;

γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης;

δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της; βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος;

ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.).

Άλλωστε, οι διατάξεις αυτές αποβλέπουν πρωτίστως στη διαφύλαξη του υγιούς ανταγωνισμού, στην καταπολέμηση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς και στην προαγωγή της ισονομίας και της ισότητας στην ευχέρεια πρόσβασης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου στη δημόσια οικονομική ζωή, με τη διασφάλιση προεχόντως της ακώλυτης άσκησης του δικαιώματος 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 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. **Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς.** Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο ππαίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).» (Α.Ε.Π.Π. 989/2021 - σκ. 32).

Στην προκειμένη περίπτωση, δεν πληρούται καμία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, και η αναθέτουσα αρχή, δεν αποδεικνύει ότι συντρέχουν έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την επαναλαμβανόμενη απόκλιση, ήτοι:

- Δεν υπάρχει απρόβλεπτο γεγονός. Και τούτο, διότι ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά, με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής. Κατά τη νομολογία, η έννοια του απρόβλεπτου γεγονότος αναφέρεται όχι στο αν πραγματικά προέβλεψε ή όχι αλλά στο αν όφειλε αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της πείρας και της λογικής να προβλεφθεί από την αναθέτουσα αρχή. **Έτσι, η διαρκής και επαναλαμβανόμενη επίκληση σε ετήσια σχεδόν βάση αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας, το οποίο γνώριζε και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια η αναθέτουσα αρχή για τον έγκαιρο προγραμματισμό και την διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεως, σύμφωνα με τις διατάξεις της ευρωπαϊκής και της εσωτερικής νομοθεσίας.**

- Δεν υπάρχει κατεπείγουσα ανάγκη εξαιτίας της οποίας να μην είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που επιτάσσουν οι άλλες διαδικασίες και οι περιστάσεις που να μην απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. Εν προκειμένω, το καθ' ου από το Νοέμβριο 2020 που κρίθηκε με την υπ' αριθ. **1401/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας με την οποία είχε συνάψει σύμβαση, δεν ήταν νόμιμη και την οποία (απόφαση) δεν αμφισβήτησε ούτε το νοσοκομείο ούτε η εταιρεία όφειλε να αναζητήσει νόμιμο τρόπο παροχής των υπηρεσιών.** Το γεγονός ότι με την ίδια απόφαση απορρίφθηκε η προσφυγή μου, διότι κρίθηκε εσφαλμένως ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό μου έννομο συμφέρον προβολής αιτιάσεων κατά της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου, δεν ασκεί επιρροή επί της διαδικασίας που όφειλε να ακολουθήσει ως αναθέτουσα αρχή. Δηλαδή, να αναζητήσει νόμιμο τρόπο, τον οποίο παρέλειψε ακόμη και τον Φεβρουάριο 2021, παρά την έκδοση της ως άνω αποφάσεως του Δ.Εφ.Πειρ.

Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή μετά την ακύρωση της αρχικής διακήρυξης στις 23-09-2020 είχε τη δυνατότητα να εξακολουθήσει νόμιμη διαγωνιστική διαδικασία προς ανάθεση της εν λόγω σύμβασης, χωρίς περαιτέρω καθυστερήσεις και άρα χωρίς να συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη για προσφυγή στη διεξαγωγή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

Ούτω, έχει κριθεί, για την αυτή αναθέτουσα αρχή και αναφορικά με την προηγούμενη προσφυγή της στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' άρθρο 322.γ του ν. 4412/2016, με την ανωτέρω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (989/2021 - σκ. 35): «... δεν επιτρέπεται προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τον λόγο ότι ο ανοικτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται τα υπό προμήθεια είδη ή οι προς συμβασιοποίηση υπηρεσίες δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι το γεγονός αυτό δε συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση, ήτοι έκτακτο 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, έχει κριθεί ότι η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών ανάθεσης υπηρεσιών, εξαιτίας της υποβολής ενστάσεων, προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ μέρους των συμμετεχόντων στον επίμαχο διαγωνισμό, δεν συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση, καθισταμένης ούτως επείγουσας της ανάγκης απευθείας ανάθεσης των σχετικών υπηρεσιών, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (ΕλΣυν πράξεις VI Τμ. 91/2007, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 540/2013, Συνεδρίαση της 10ης Δεκεμβρίου 2013), ενώ το ζήτημα αν οι δικαστικές εμπλοκές κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, μπορούν ή όχι να θεωρηθούν απρόβλεπτο γεγονός που δικαιολογεί την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), επιλύεται κατά κανόνα αρνητικά (βλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ VI Τμ. 2776/2011, 91/2007 και 205/2007, βλ. και Δ. Ράικος κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. 1, 2018, σελ. 336 επ.). Άλλωστε, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1415/2019, 1078/2018

και πρβλ. ΑΕΠΠ 55/2019), παραλείψεις ή καθυστερήσεις της αναθέτουσας αρχής να προγραμματίσει και να προβεί έγκαιρα στις απαιτούμενες ενέργειες σύναψης της σύμβασης (π.χ. καθυστέρηση στην εκκίνηση της διαδικασίας) παρά τη διαπίστωση της ανάγκης, έχει κριθεί ότι δεν μπορούν να στοιχειοθετήσουν κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός (ΔΕΚ C-394/02 σκ. 44, C-275/08, σκ. 72 και Υπόθεση 194/88 R La Spezia). Συναφώς, 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 (βλ. ΕλΣυν Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλιμάκιο Ζ' 264/2010, Κλιμάκιο ΣΤ' 205/2007, Τμ. VI 58/2005, 91/2007, 19/2009). Ομοίως, δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει απρόβλεπτο γεγονός η πλήρωση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, αν από καιρού γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας διαγωνισμού.»

- Δεν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του απροβλέπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει.

Ακόμη, στην προκειμένη περίπτωση, δεν αποδεικνύεται η σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που οδήγησαν στην προσφυγή του άρθρου 32 παρ. 2.γ του ν. 4412/2016 και τούτο διότι:

- Από το Νοέμβριο 2020, που με την υπ' αριθ. 1401/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η προσφορά της ανακηρυχθείσης αναδόχου, από την τελευταία διαγωνιστική διαδικασία κρίθηκε ως μη νόμιμη, όφειλε να αναζητήσει νόμιμο τρόπο παροχής των υπηρεσιών.

- Άλλως, και μετά την ακύρωση της αρχικής διακήρυξης στις 23-09-2020, οπότε είχε τη δυνατότητα να αναζητήσει νόμιμη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, κατά τα δεχθέντα από την Α.Ε.Π.Π. στην 989/2021 απόφασή της, σκ. 35.

- Το καθ' ου, όπως στο ιστορικό της παρούσης εκτίθεται, μονίμως, από το Σεπτέμβριο 2020 και εφεξής, επιλέγει, για τέταρτη (4η) φορά την προσφυγή σε διαδικασίες διαπραγμάτευσης χωρίς τη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, ήτοι:

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

Με την υπ' αριθ. πρωτ.πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών για τον μήνα Οκτώβριο 2020, προς την εταιρεία «.....»

Με την υπ' αριθ. πρωτ.πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-11-2020 έως και 31-12-2020, με δυνατότητα δίμηνης παράτασης, η οποία πραγματοποιήθηκε, προς την εταιρεία «.....»

- Με την υπ' αριθ.πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών για διάστημα ενός (1) μηνός και συγκεκριμένα από 01-03-2021 έως και 30-04-2021, με δυνατότητα παράτασης, η οποία πραγματοποιήθηκε, προς την εταιρεία «.....»

- Με τις προσβαλλόμενες στην παρούσα προσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για χρονικό διάστημα δυο (2) μηνών (01-05-2021 έως 30-06-2021) με δυνατότητα δίμηνης παράτασης. Όμως, και για την τελευταία αυτή επιλογή, όπως και για τις προηγούμενες, δεν συντρέχει, πέραν πόσης αμφιβολίας η σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που ορίζονται στη σχετική διάταξη του νόμου, για τις οποίες και μόνο επιτρέπεται να επιλεγεί η εξαιρετική αυτή διαδικασία.

Ούτω, η προσβαλλόμενη απόφαση (10/22-04-2021) της αναθέτουσας αρχής, δεν φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία για τους λόγους, τους οποίους επιβάλλεται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία, δεδομένου ότι, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, και σύμφωνα με την πάγια νομολογία, η μη ολοκλήρωση της διαδικασίας του τακτικού διαγωνισμού, δεν αποτελεί επαρκή και ικανό λόγο για την επιλογή της εξαιρετικής αυτής διαδικασίας.

Άλλωστε, παγίως έχει κριθεί ότι οι διατάξεις που εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΛΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων

περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. 1-3609, σκέψη 58, της 18ης Νοεμβρίου 2004, C- 126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. 1-11197, σκέψη 23, της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. 1-1, σκέψη 46, καθώς και της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. 1-2173, σκέψεις 57 και 58). **Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών** (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, 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 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, 1-4713, σκέψη 33).

Σημειωτέον, και στην προηγούμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (6/04-03-2021) ως αιτιολογία της προσφυγής στην ίδια εξαιρετική διαδικασία, είχε αναφερθεί, ομοίως, η μη ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας του τακτικού διαγωνισμού. Η επιλογή αυτή προσβλήθηκε βασίμως με την ασκηθείσα προσφυγή μου και η οποία έγινε δεκτή από την Α.Ε.Π.Π. με την ανωτέρω απόφασή της, δεχόμενη τα εξής:

«36. Επειδή, περαιτέρω, η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, δύσκολα μπορεί να υποστηριχθεί ότι συντρέχει εν προκειμένω. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή, μετά την ακύρωση της πρώτης διακήρυξης στις 23-09-2020 και μέχρι την έκδοση της νέας στις 1-12-2020 θα μπορούσε να κάνει χρήση άλλων δυνατοτήτων, όπως της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει καλύτερους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Σε αυτή τη διαδικασία μπορεί η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε περιπτώσεις κατεπείγουσας κατάστασης, σε αντίθεση με την άλως εξαιρετική, περιοριστική σε μεγάλο βαθμό του ανταγωνισμού και με σημαντική περιστολή των διαδικασιών δημοσιότητας και διαφάνειας, διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης; η εφαρμογή της οποίας είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις των συγκεκριμένων διατάξεων, οι οποίες την προβλέπουν (πρβλ. ΔΕΕ C- 352/12, σκ. 52, C-126/03, σκ. 23, C-24/91 σκ. 14 και C-107/92 σκ. 13).

Ενόψει της ως άνω παραδοχής, προκύπτει (βλ. συναφώς και ΑΕΠΠ 1078/2018), ότι η αναθέτουσα αρχή, δεν απέδειξε μετά πλήρους βεβαιότητας, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού διαγωνισμού, έτι περισσότερο, λόγω του ήδη κατά τη στιγμή που λήφθηκε η απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης με την προσφυγή στην κατ' εξαίρεση διαδικασία του άρθρου 32, παρ. 2 γ), ήτοι στις 03-03-2021, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, βρισκόταν σε εξέλιξη η διαγωνιστική διαδικασία του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με Αριθμό Διακήρυξης(αρ. ΕΣΗΔΗΣ:). ...

37. Επειδή, συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, κατά τη κρίση του Κλιμακίου, δεν συντρέχουν εν προκειμένω οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, με συνέπεια να καθίσταται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη σύμβαση που ερείδεται σε αυτήν λόγω πλημμελούς αιτιολόγησης της ίδιας της συμβάσεως.

38. Επειδή, συνεπώς, αφής στιγμής η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, **δεν εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 2 α) του άρθρου 364** του Ν. 4412/2016, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής

της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, μπορεί εν προκειμένω να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1 β), στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, λόγω μη τήρησης της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης, η οποία πράγματι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν τηρήθηκε με συνέπεια να βλάπτονται τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας λόγω απομείωσης της δυνατότητας της να συμμετάσχει και η ίδια και ν' αναδειχθεί ανάδοχος του διαγωνισμού κατόπιν ευδοκίμησης προδικαστικής προσφυγής της κατά της απόφασης αξιολόγησης της προσφοράς και περαιτέρω ανάθεσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα. (πρβλ ΔΕφΠει Ν6/21: «Εξάλλου εφόσον κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω εμφιλοχώρησε παράβαση της υποχρέωσης αναστολής συνάψεως της σύμβασης με αποτέλεσμα να στερηθεί η αιτούσα τη δυνατότητα άσκησης επίκαιρης προδικαστικής προσφυγής προ της συνάψεως της σύμβασης [...]/πρέπει περαιτέρω να εξετασθεί αν συντρέχει και παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που επηρέασε τις πιθανότητες της αιτούσας να της ανατεθεί η σύμβαση[...]. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, τυγχάνει ακυρωτέα και η σύμβαση που εκδόθηκε στο πλαίσιο της ανωτέρω μη νόμιμης διαδικασίας, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής.»

Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν έχει τη νόμιμη, πλήρη και επαρκή αιτιολογία, επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας και ως εκ τούτου, για τον ίδιο βάσιμο λόγο πρέπει να ακυρωθεί.

2ος λόγος - Παραβίαση Αρχών εφαρμοζόμενων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων:

Στο άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/Ε.Ε. και του ν. 4412/2016, ορίζεται: «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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης»

Ειδικότερον, η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αποφυγής διακρίσεων, έχει εξειδικευτεί στο πλαίσιο των δημοσίων

συμβάσεων, με τη νομολογία του Ευρωπαϊκού δικαστηρίου: «Η αρχή της ίσης μεταχείρισεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός αν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς» (C 34/2003 - σκ. 27 κ.λπ.). Η ανωτέρω αρχή περιελήφθη, για πρώτη φορά, στην Οδηγία 2004/18/Ε.Ε., ενώ το δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης αποτελεί τον πυρήνα της Οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις, ότι αποτελεί συγκεκριμένη εφαρμογή της γενικής αρχής της αναλογικής ισότητας (Δ.Ε.Κ. C434/2002, C210/2003) που διατρέχει όλο το κοινοτικό δίκαιο και για το λόγο αυτό έχει χαρακτηριστεί ως η magna carta της επιδιωκόμενης οικονομικής ολοκλήρωσης. Ακόμη, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, συνδέεται στενά με την αρχή της αμεροληψίας των διαδικασιών του διαγωνισμού, κατά τις επιταγές της οποίας η διοίκηση πρέπει να είναι ανεπηρέαστη και απροκάλυπτη, κατά την αντιμετώπιση θεμάτων της αρμοδιότητάς της. Ακόμη, κατά πάγια νομολογία, ο κανόνας της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει όχι μόνο τις εμφανείς διακρίσεις, αλλά και κάθε μορφή συγκαλυμμένης διάκρισης, η οποία καταλήγει στην πράξη στο ίδιο αποτέλεσμα (Δ.Ε.Κ. 072/2011).

Τέλος, από την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 18, συνάγεται ότι ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού ή η αδικαιολόγητη ευνοϊκή ή δυσμενής μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων προσκρούει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης αυτών (Ράικος, Δημόσιες Συμβάσεις, άρθρο 18, σελ. 146).

Επιπρόσθετα, έχει κριθεί ότι σε περίπτωση που προηγήθηκε διαγωνιστική διαδικασία, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει ξανά όλους τους οικονομικούς φορείς που είχαν συμμετάσχει στη διαγωνιστική αυτή διαδικασία να υποβάλουν προσφορές, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ Επ.Αν. 1059/2008).

Στην προκειμένη περίπτωση, με τις προσβαλλόμενες προσκλήσεις συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τις ως άνω εταιρείες, ενώ στην προσβαλλόμενη απόφασή της δεν αιτιολογείται αφενός μεν με ποιο κριτήριο επιλέχθηκαν οι συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς και αφετέρου για ποιο λόγο δεν

κλήθηκε η ημετέρα εταιρεία, λαμβανομένου υπόψη ότι κατά το παρελθόν παρείχε υπηρεσίες και είχε κληθεί, κατά την τελευταία διαγωνιστική διαδικασία, με την υπ' αριθ./25-08-2020 πρόσκληση, στην οποία και συμμετείχε.

Ειδικότερον, όπως ορθώς δέχθηκε η Α.Ε.Π.Π. με την ανωτέρω απόφασή της επί της προσφυγής μου, κατά της προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία είχε απευθύνει πρόσκληση συμμετοχής, μόνο στην εταιρεία: «Τέλος, ουδόλως δικαιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, για ποιο λόγο η προσφεύγουσα, η οποία ήταν η ανάδοχος των εκτελούμενων υπηρεσιών φύλαξης στο παρελθόν και ενώ είχε ήδη κληθεί στην προηγούμενη πρόσκληση υποβολής ενδιαφέροντος (α.π./25.08.2020) και επομένως η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια και η οικονομική και χρηματοοικονομική της ικανότητα προς ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να θεωρούνται δεδομένες, δεν προσκλήθηκε στην προσβαλλόμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης» (Α.Ε.Π.Π. 989/2021 - σκ. 36).

Πράγματι, η ημετέρα εταιρεία κατέχει εμπειρία και τεχνογνωσία παροχής των επίμαχων υπηρεσιών, γεγονός αναμφισβήτητο, το οποίο και η ίδια αναθέτουσα αρχή έχει αναγνωρίσει με την προηγούμενη (18/27-08-2020) απόφασή της, στην οποία ρητά αναφέρει: «Για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών για το μήνα Σεπτέμβριο 2020, η διοίκηση του νοσοκομείου απέστειλε την υπ' αριθ./25- 08-2020 πρόσκληση υποβολής οικονομικής προσφοράς ... στην εταιρεία βασιζόμενη ... στην τεχνογνωσία των συγκεκριμένων υπηρεσιών, λόγω των παραπάνω συναφθεισών συμβάσεων (σχετ. 15 - 16)»

Η αποδεδειγμένη δε εμπειρία και τεχνογνωσία της ημετέρας εταιρείας, συνάγεται και από το γεγονός ότι σήμερα παρέχει υπηρεσίες σε νοσοκομεία αντιμετώπισης της πανδημίας, όπως είναι το Γ.Ν.Α., το νοσοκομείο, το Γ.Ν.Α., τοκαι το νοσοκομείο

Με την από 09-02-2021 εξώδικη δήλωσή μου, που κοινοποιήθηκε στο καθ' ου με την υπ' αριθ.έκθεση επιδόσεως, εκάλεσα το καθ' ου να αποδέχεται για τους λόγους που εκτίθενται στην περίπτωση α' και β' της εξωδίκου δηλώσεώς μου, από 01ης-03-2021 και μέχρι την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ.διακήρυξη, τις υπηρεσίες

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

..... των κτιρίων του, από την ημετέρα εταιρεία. Ακόμη, με την από 23-02-2021 νέα εξώδικη δήλωσή μου, η οποία κοινοποιήθηκε στη διοίκηση του νοσοκομείου με την υπ' αριθ.έκθεση επιδόσεως, εκάλεσα και πάλι το νοσοκομείο να απέχει από οποιαδήποτε "φωτογραφική" επίλυση του ζητήματος, να αντιμετωπίσει το ζήτημα παροχής των υπηρεσιών με νόμιμο τρόπο, κατά τα οριζόμενα στην ως άνω απόφαση του Δ.Εφ.Πειρ. και εκδήλωσα και πάλι το ενδιαφέρον μου για τη σύναψη της σχετικής συμβάσεως.

Επίσης, η άσκηση της προσφυγής μου, κατά της προηγούμενης απόφασής του (πρόσκληση - απευθείας ανάθεση στη). υποδήλωνε το ενδιαφέρον για την τήρηση της νομιμότητας, της αποφυγής διακρίσεων για τη σύναψη της συμβάσεως παροχής των αυτών υπηρεσιών.

Με δεδομένα τα ανωτέρω, ότι δηλαδή η ημετέρα εταιρεία διαθέτει εμπειρία/τεχνογνωσία, την γνωστοποίηση του ενδιαφέροντος για τη σύναψη συμβάσεως επ' ονόματί της κ.λπ., τίθεται, εύλογα, το ερώτημα για ποιο λόγο δεν απεστάλη προς αυτήν πρόσκληση συμμετοχής στην εν λόγω διαδικασία και αντ' αυτής επελέγη, και πάλι η εταιρεία - η οποία δεν υπερτερεί σε εμπειρία/τεχνογνωσία της ημετέρας εταιρείας ούτε άλλωστε η διοίκηση του νοσοκομείου έχει εκφραστεί διαφορετικό επί τούτου - καθώς και δυο (2) ακόμη οικονομικοί φορείς, οι οποίοι, εξ όσων γνωρίζω, δεν έχουν συνάψει συμβάσεις με νοσοκομεία ανάλογης εμβέλειας, με αυτό του καθ' ου ή με νοσοκομεία αντιμετώπισης της πανδημίας.

Παρά ταύτα, η αναθέτουσας αρχή, κατά σαφή παράβαση των ως άνω αρχών της ίσης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων, της διαφάνειας και της αναπτύξεως του υγιούς ανταγωνισμού, επέλεξε, αν και έχει γνώση των ικανοτήτων μου και της πρόθεσής μου, για την ανάθεση παροχής των υπηρεσιών, επέλεξε αναιτιολόγητα και παράνομα να με αποκλείσει από τη σχετική διαδικασία. Μάλιστα, στην προσβαλλόμενη απόφασή της, δεν αναφέρει το λόγο για τον οποίο επέλεξε τους οικονομικούς φορείς, τους οποίους απέστειλε τις προσβαλλόμενες προσκλήσεις, ούτε προσδιορίζει κάποιο κριτήριο επιλογής, με το οποίο οδηγήθηκε προς αυτούς. Ούτω, και από τα ανωτέρω εκτεθέντα συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή αν και είχε

πλήρη γνώση της εμπειρίας, της συνέπειας και της πρόθεσης συνάψεως της σχετικής συμβάσεως, παράνομα και κατά παράβαση των ως άνω αρχών που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, με απέκλεισε από τη διαδικασία αυτή, μη αποστέλλοντας σχετική πρόσκληση συμμετοχής. Συνεπώς, και για τον παρόντα λόγο, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νόμιμη και σύμφωνη με τις αρχές που διέπουν τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως και ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί.

3) ΚΗΡΥΞΗ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΣ

Στο άρθρο 368 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με τις διατάξεις του ν. 4605/2019, ορίζεται: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η Α.Ε.Π.Π. αποφασίζει να κηρύξει ακυρότητα της σύμβασης που έχει συναφθεί εάν διαπιστώσει ότι: α) ... ή β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης σύμφωνα με το άρθρο 364».

Στο άρθρο 364 του ν. 4412/2016 ορίζεται: «**Η προθεσμία για άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της Α.Ε.Π.Π. μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368**».

Στο άρθρο 369§1 και 4 του ν. 4412/2016 ορίζονται: «1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου. Τα άρθρα 360, 362, 363 και 365 εφαρμόζονται αναλόγως στην περίπτωση αυτή. ... **4. Η κατάθεση της προσφυγής του παρόντος άρθρου αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 366.**»

Στο άρθρο 370§1 και 3 του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Η Α.Ε.Π.Π. μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. ... 3. Αν η Α.Ε.Π.Π. αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η Α.Ε.Π.Π. έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10 % της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Με ειδική απόφαση της Α.Ε.Π.Π., το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα.»

Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στις 22-04-2021 και αναρτήθηκε στις 19-05-2021 και η προσβαλλόμενη σύμβαση συνήφθη στις 29-04-2021 και αναρτήθηκε στις 27-05-2021. Με τα δεδομένα αυτά, η αναθέτουσα αρχή, όφειλε πριν από την πάροδο της δεκαήμερου προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής από κάθε τρίτο ενδιαφερόμενο, που είχε έννομο συμφέρον, να μη συνάψει τη σύμβαση με τον ανακηρυχθέντα ανάδοχο και να αναμείνει την πάροδο της παρελεύσεως της προθεσμίας ταύτης. Ούτω, και εφόσον συνήφθη μεταξύ του νοσοκομείου και της ανακηρυχθείσης αναδόχου η σύμβαση, με δεδομένο ότι η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της ως άνω αποφάσεως από κάθε ενδιαφερόμενο και θιγόμενο από αυτή είναι, δέκα (10) ημερών από της γνώσεως της αποφάσεως είναι αυτονόητο ότι δεν έχει τηρηθεί η υποχρέωση αναστολής της συνάψεως της σύμβασης που επιτάσσει το άρθρο 364 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι, όπως προαναφέρθηκε, η απόφαση εκδόθηκε στις 22-04-2021 και η σύμβαση συνήφθη στις 29-04-2021. Ούτω συντρέχει παράβαση του ανασταλτικού αποτελέσματος της προθεσμίας και ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής στην Α.Ε.Π.Π. (κατ' άρθρο 368 περ. β του Π.Δ. 39/2017). Ταυτόχρονα, δεν **συνέτρεχαν άμεσοι και επιτακτικοί λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την προστασία της δημόσιας υγείας που να επέβαλαν την άμεση υπογραφή της ως άνω συμβάσεως, ακόμη και πριν την πάροδο των προθεσμιών που ορίζει η ανωτέρω διάταξη.**

Περαιτέρω, και αφού κατά τα εκτεθέντα στον πρώτο λόγο της παρούσης, δεν συντρέχουν οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32§2.γ του ν. 4412/2016 για την προσφυγή στην επίδικη εξαιρετική διαδικασία σύναψης συμβάσεως με διαπραγμάτευση, χωρίς την προηγούμενη δημοσίευσης διακήρυξης, η σύμβαση που συνήφθη από τη διαδικασία αυτή είναι ακυρωτέα. Ειδικότερον, εφόσον η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση διακήρυξης, κατ' άρθρο 32§ 2.γ του ν. 4412/2016, δεν εμπίπτει στην περίπτωση της περ. α' της παρ. 2 του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, δηλαδή στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, επιτρεπτός, στην προκειμένη περίπτωση, εφαρμόζεται η περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 368, στην οποία προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, λόγω μη τηρήσεως της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης, η οποία, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, δεν τηρήθηκε με συνέπεια να βλάπτονται τα έννομα συμφέροντα της ημετέρας εταιρείας, λόγω απομείωσης της δυνατότητάς της να συμμετάσχει και η ίδια και να αναδειχθεί ανάδοχος του διαγωνισμού, κατόπιν ευδοκίμησης της προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης που ενέκρινε τις προσβαλλόμενες προσκλήσεις συμμετοχής και την ανακήρυξη ως αναδόχου της ως άνω εταιρείας και τη σύναψη της οικείας συμβάσεως μαζί της.

Συναφώς, για το ίδιο ζήτημα, το Δ.Εφ.Πειρ. με την Ν6/2021 δέχθηκε «... Εξάλλου εφόσον κατά το γενόμενο δεκτά ανωτέρω επιλοχώρησε παράβαση της υποχρέωσης αναστολής συνάψεως της σύμβασης με αποτέλεσμα να στερηθεί η αιτούσα τη δυνατότητα άσκησης επίκαιρης προδικαστικής προσφυγής προ της συνάψεως της σύμβασης [...] πρέπει περαιτέρω να εξετασθεί αν συντρέχει και παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που επηρέασε τις πιθανότητες της αιτούσας να της ανατεθεί η σύμβαση ...» και ομοίως Α.Ε.Π.Π. 989/2021 - σκ. 38. [...]

Από τα ανωτέρω είναι προφανές ότι τίθεται επιτακτικό ζήτημα της νομιμότητας της διοικητικής δράσης του καθ' ου, λόγω επανειλημμένων παραβάσεων των κείμενων διατάξεων της κοινοτικής και εσωτερικής νομοθεσίας, περί τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως και των αρχών της διαφάνειας, της ίσης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων, του υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο υπηρετείται εντός του πλαισίου που χαράσσει το Σύνταγμα και οι νόμοι. Συνεπώς και για τους λόγους που ανωτέρω εκτίθενται η συναφθείσα (023/2021) σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί, αναστελλομένης, κατά τα οριζόμενα στο νόμο, ταυτόχρονα, της εκτελέσεώς της, έως την έκδοση αποφάσεως επί της παρούσης προσφυγής μου. Άλλως και επικουρικώς, σε περίπτωση που κριθεί μη ακυρωτέα πρέπει να επιδικασθεί εις βάρος της αναθέτουσας αρχής πρόστιμο ίσο με 10 % της αξίας της συμβάσεως και με την απόφαση που θα εκδοθεί να περιέλθει τούτο στην ημετέρα εταιρεία.

(12) ΑΙΤΗΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Να ακυρωθούν:

A. I) Το απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της 10ης/22-04-2021 συνεδρίασης του ως άνω νοσοκομείου, με το οποίο εγκρίθηκαν:

- Το υπ' αριθ. πρωτ. ΟΕπρακτικό αξιολόγησης της αρμόδιας επιτροπής που αφορά την διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού - σύμφωνα με το αρ. 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και του αρ. 33 του ν. 4764/2020 κατά παρέκκλιση των περί των προμηθειών του Δημοσίου διατάξεων - για την παροχή υπηρεσιών(CPV) για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης.

- Η κατακύρωση των υπηρεσιώνγια τις ανάγκες του Νοσοκομείου για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης στη εταιρεία «.....» και

- Η υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης αντί ποσού: 159.280,000 + ΦΠΑ 24% (38.227,20 €) = 197.507,20 €

II) Η υπ' αριθ.σύμβαση ανάθεσης υπηρεσιών (CPV) του Γ.Ν.με την εταιρεία «.....»

III) Οι υπ' αριθ. αριθ. πρωτ. προσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιώνγια διάστημα δυο μηνών, ήτοι από 01η-05-2021

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

έως και 30-06-2021, με δυνατότητα δίμηνης παράτασης προς τις εταιρείες «.....» «.....» και «.....»

B) Κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με την ανωτέρω σύμβαση, απόφαση και αναφέρεται στην διαπραγμάτευση που προκηρύχθηκε με τις ανωτέρω προσκλήσεις υποβολής προσφοράς.

Άλλως και επικουρικώς, σε περίπτωση μη ακυρώσεώς της να επιδικασθεί εις βάρος της αναθέτουσας αρχής πρόστιμο ίσο με 10 % της αξίας της συμβάσεως και με την απόφαση που θα εκδοθεί να περιέλθει τούτο στην ημετέρα εταιρεία.».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (15.06.2021), ήτοι, οχτώ (08) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής (07.06.2021), σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων πράξεων (1. Απόφαση προσφυγής στη διαδικασία του άρ. 32 παρ. 2 γ του Ν. 4412/2016. 2. Πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση και 3. Υπογραφή σύμβασης), καθόσον, κατόπιν συμμετοχής της στην επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατακυρώθηκαν σε αυτήν οι υπηρεσίες για τις ανάγκες του υπόψη Νοσοκομείου, για διάστημα δύο μηνών και συγκεκριμένα από 01.05.2021 έως και 30.06.2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης, με την υπ' αριθμ.σύμβαση που συνήψε με την αναθέτουσα αρχή. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7) Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα εξής: **«...Η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, θα πρέπει να απορριφθεί, καθώς ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος!**

ί] Στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 του Ν.4412/2016, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ως προς την κλήση των οικονομικών φορέων προς διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι οι λόγοι δημοσίου

συμφέροντος που επιβάλλουν την επίκληση και εφαρμογή της ως άνω διάταξης υπερισχύουν των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. αιτιολογική σκέψη με αρ. 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εξάλλου, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού μπορεί άνευ ετέρου να υποχωρούν έναντι των επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος για τους οποίους επιλέγεται η διαδικασία της διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς την προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης (ΑΕΠΠ 329/2020 σκ. 11). Επομένως, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να προσκαλέσει όποιον οικονομικό φορέα κρίνει ότι είναι ικανός να εκτελέσει άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το προς ανάθεση κατεπείγον έργο.

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλά να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις - Νομολογία, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 319). Συνεπώς, όχι απλώς δεν έχει δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί αυτοβούλως υποβαλλόμενες προσφορές, αλλά τουναντίον έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια προς κλήση του/των οικονομικών φορέων που επιθυμεί.

Τα ανωτέρω επιρρώνονται και από την με αρ. 24/2020 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, που αφορά σε διαδικασίες ανάθεσης εν μέσω Covid, ωστόσο αναφερομένη συγκεκριμένα στη διαδικασία του άρθρου 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 32 του ν.4412/2016, αναγράφεται «4.5. Διαδικαστικές προϋποθέσεις της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση Στο πλαίσιο της εν λόγω διαδικασίας, όπως ορίζεται στο άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αγοραστές του δημοσίου τομέα μπορούν να διαπραγματεύονται απευθείας με τους δυνητικούς αναδόχους και δεν ισχύουν απαιτήσεις δημοσίευσης, ούτε προθεσμίες, ούτε ελάχιστος αριθμός υποψήφιων προς διαβούλευση, ούτε άλλες διαδικαστικές απαιτήσεις. Στην πράξη, αυτό σημαίνει ότι οι αρχές μπορούν να ενεργούν όσο το δυνατόν ταχύτερα από τεχνικής/υλικής άποψης —και η διαδικασία μπορεί να αποτελεί εκ των πραγμάτων άμεση ανάθεση, η

οποία υπόκειται μόνο στους υλικούς/τεχνικούς περιορισμούς που αφορούν την πραγματική διαθεσιμότητα και την ταχύτητα της παράδοσης ή παροχής των απαιτούμενων υπηρεσιών».

ii] Δεδομένων των ως άνω καθίσταται σαφές ότι η προσφεύγουσα, δεν έχει το παραμικρό έννομο συμφέρον προς άσκηση της παρούσας, καθώς υπάρχει ευρεία διακριτική ευχέρεια της [...]

Όλως επικουρικώς, εάν παρ' ελπίδα, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κριθεί ότι, ασκείται με έννομο συμφέρον! αυτή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να απορριφθεί, καθόλα τα αιτήματά της, καθώς οι περιεχόμενοι σε αυτή λόγοι, τυγχάνουν άκρως αόριστοι, αβάσιμοι και αναληθείς.

Ειδικότερα:

I.. Ως προς τον ισχυρισμό περί δήθεν μη νόμιμης προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση διακήρυξης

i] Σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2γ' του 4412/2016: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις:

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση ».

Έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απροβλέπτου γεγονότος, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης, μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας, μεταξύ του απροβλέπτου 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 να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.).

ii) Στην προκειμένη, συνέτρεχαν όλες οι προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεδομένου ότι:

α) Με την υπ' αριθ.Διακήρυξη (με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ) Διακήρυξη, προκηρύχθηκε, ηλεκτρονικός, διεθνής, ανοικτός διαγωνισμός, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, για την παροχή υπηρεσιών(CPV) του νοσοκομείου, για ένα (1) έτος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.099.923,56 ΕΥΡΩ περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. που βαρύνει τον προϋπολογισμό του νοσοκομείου (Κ.Α.Ε.:). Ήτοι είχε γίνει ο κατάλληλος προγραμματισμός από την αναθέτουσα αρχή, με την προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμού.

β) Με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2020/30.12.2020 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας μας κατά του νοσοκομείου και κατά των όρων της υπ' αριθ. υπ' αριθ.....Διακηρύξεως, η οποία συζητήθηκε την 04.02.2021 από το 2° Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, εξεδόθη η υπ' αριθ. 363/2021 απόφαση, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προσφυγή μας και ανεστάλη ο ανοικτός Διαγωνισμός, ο οποίος ήταν να διενεργηθεί την 15^η.01.2021. Κατόπιν τούτου τροποποιήθηκαν οι δύο όροι της διακηρύξεως και ο διαγωνισμός βρίσκεται σε εξέλιξη.

γ) Εξεδόθη η υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά (Α2 Τμήμα), με την οποία διετάχθη, η αναστολή της παροχής υπηρεσιών, από την 01.03.2021 και έπειτα, μέσω παράτασης της από 01.09.2020 συμβάσεως που είχε συναφθεί με την εταιρεία μας. Ήτοι, δεν υπήρχε ούτε η δυνατότητα παρατάσεως της ήδη υπάρχουσας συμβάσεως.

δ) Δεν ήταν δυνατόν να μείνει το νοσοκομείο χωρίς καθαριότητα, εν μέσω μάλιστα και των ιδιαίτερων συνθηκών λόγω Covid-19.

ε) Η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία έγινε για ένα πολύ μικρό χρονικό διάστημα, δύο μηνών.

iii] Καθίσταται λοιπόν εμφανές ότι η αναθέτουσα αρχή προχώρησε, απολύτως νόμιμα και αιτιολογημένα, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, ένεκα των οποίων δεν ήταν δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση.

iv] Λαμβανομένων υπόψη των ως άνω καθίσταται σαφές ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, περί δήθεν μη νόμιμης προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τη δημοσίευση διακήρυξης, τυγχάνει άκρως εσφαλμένος και θα πρέπει να απορριφθεί.

II. Ως προς τον ισχυρισμό περί ακυρότητας της συμβάσεως

i] Σύμφωνα με το **άρθρο 364 του Ν.4412/2016: «Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκηση της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368.** Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. **2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης ».**

ii) Λαμβανομένων υπόψη των ως άνω, ήτοι δεδομένης της προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τη δημοσίευση Διακήρυξη, κατά το άρθρο 32 παρ. 1 γ' του Ν.4412/2016, ήτοι σε διαδικασία όπου δεν απαιτούνταν η προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και η σύναψή της δεν κώλυαν τη σύναψη συμβάσεως.

iii) Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν.4412/2016, να ακυρωθεί η σύμβαση που υπεγράφη μεταξύ της εταιρείας μας και του νοσοκομείου, διότι δήθεν η σύμβαση υπεγράφη πριν παρέλθει η προθεσμία των δέκα ημερών από την έκδοση της

πράξης για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής, δεν ευσταθεί ουδόλως, καθώς, δεδομένου ότι δεν απαιτούνταν προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκηση της, δεν κώλυαν τη σύναψη της σύμβασης. [...]».

8. Επειδή, στο, από 22.06.2021, έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Β. ΣΥΝΤΟΜΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ. 1. Με την Διακήρυξη του Νοσοκομείου, είχε προκηρυχθεί **διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός** με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για την παροχή υπηρεσιών(CPV) για ένα (1) έτος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης ποσού 1.187.000,01 ευρώ περ/νου Φ.Π.Α. 2. Κατά της ως άνω διακήρυξης, κατατέθηκε την 07-11-2018 η με αριθ. ΓΑΠ 1167 Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ από την εταιρεία «.....», επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. 1129/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, που απέρριψε αυτή ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης.

3. Κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ και κατά της Διακήρυξης του Νοσοκομείου, η «.....» άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς την υπ' αριθ. ANMαίτηση αναστολής, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. Ν30/2019 απόφαση, που έκανε αυτή δεκτή. Στη συνέχεια, η ως άνω εταιρεία άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς αίτηση ακύρωσης κατά της υπ' αριθ. 1129/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ και κατά της Διακήρυξης του Νοσοκομείου, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. **24/2020 απόφαση** του Δικαστηρίου, που ακύρωσε την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ και ανέπεμψε την υπόθεση.

4. Κατόπιν αυτού, η ως άνω προσφυγή της «.....» εξετάσθηκε εκ νέου από την ΑΕΠΠ κατά την ορισθείσα δικάσιμο της 23.09.2020 και επ' αυτής **εξεδόθη η υπ' αριθ. 1285/2020 απόφαση, η οποία ακύρωσε, κατά το σκεπτικό της, την υπ' αριθ.Διακήρυξη του Νοσοκομείου.** Κατά της απόφασης αυτής της ΑΕΠΠ, το Νοσοκομείο κατέθεσε την υπ' αριθ. αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, επί της οποίας εκκρεμεί η έκδοση απόφασης.

5. Λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι η ως άνω διαγωνιστική διαδικασία είναι σε εξέλιξη, αλλά και την άμεση και επιτακτική ανάγκη παροχής υπηρεσιών των κτιρίων του Νοσοκομείου για το χρονικό αυτό διάστημα, ενόψει και της πανδημίας του κορωνοϊού, το Νοσοκομείο προχώρησε σε απευθείας αναθέσεις μικρής χρονικής διάρκειας. Στα πλαίσια αυτού, το Νοσοκομείο είχε αποστείλει και την υπ' αριθ. πρωτ./25.08.2020 πρόσκληση υποβολής προσφοράς στην προσφεύγουσα εταιρεία «.....» και την υπ' αριθ. πρωτ./25.08.2020 πρόσκληση υποβολής προσφοράς στην εταιρεία «.....», με τις οποίες τις καλούσε να αποστείλουν οικονομική προσφορά έως την 25.08.2020 και ώρα 14:30 στο γραφείο του Διοικητή, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθ.Διακήρυξης του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού που είναι σε εξέλιξη για την παροχή υπηρεσιών(CPV) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, για το μήνα Σεπτέμβριο και συγκεκριμένα από 01.09.2020 έως 30.09.2020.

Οι ως άνω εταιρείες ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση της Διοίκησης και απέστειλαν η μιν «.....» την υπ' αριθ. πρωτ. ΕΜΠοικονομική προσφορά ποσού 73.786, 13€ πλέον ΦΠΑ και η δε προσφεύγουσα την υπ' αριθ. πρωτ. ΕΜΠπροσφορά ποσού 86.580,00 € πλέον ΦΠΑ. Κατόπιν αυτού, αναδείχθηκε μειοδότη η «.....» και κατά την υπ' αριθμ.**Συνεδρίαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου** αποφασίστηκε: α) Η έγκριση ανάθεσης των υπηρεσιών κτιρίου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου για το μήνα Σεπτέμβριο 2020 και συγκεκριμένα από 01.09.2020 έως 30.09.2020 στη μειοδότη εταιρεία και

β) Η υπογραφή της σχετικής σύμβασης με την ανάδοχο εταιρεία ποσού 73.786,13 € + ΦΠΑ 24% (17.708,67)=91.494,80 €.

Έπειτα, μεταξύ του Νοσοκομείου και της αναδειχθείσας μειοδότης εταιρείας υπεγράφη η υπ' αριθ.**Σύμβαση Ανάθεσης Υπηρεσιών Κτιρίων.**

6. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ την από 08.09.2020, με Γ.Α.Κ. ΑΕΠΠ 1255/09-09-2020 προδικαστική προσφυγή της κατά του Νοσοκομείου με την οποία ζητούσε να ακυρωθεί: i. Το απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της υπ' αριθμ.Συνεδρίασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου,

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

με το οποίο αποφασίστηκαν: α) Η έγκριση ανάθεσης των υπηρεσιών κτιρίου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου για το μήνα Σεπτέμβριο 2020 και συγκεκριμένα από 01.09.2020 έως 30.09.2020 στη μειοδότη εταιρεία και β) Η υπογραφή της σχετικής σύμβασης με την ανάδοχο εταιρεία ποσού 73.786,13 € + ΦΠΑ 24% (17.708,67)=91.494,80 €. **ii. Η υπ' αριθ.συναφθείσα στις 31.08.2020 σύμβαση μεταξύ του Νοσοκομείου και της εταιρείας άλλως και επικουρικώς, σε περίπτωση μη ακυρώσεως της να επιδικαστεί σε βάρος του Νοσοκομείου πρόστιμο ίσο με το 10% της αξίας της σύμβασης και να περιέλθει αυτό σε εκείνη.**

7. Η ως άνω προδικαστική προσφυγή της «.....» συζητήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ στις 16.10.2020 και επ' αυτής εξεδόθη η υπ' αριθ. **1401/2020** απόφαση, που την απέρριψε στο σύνολό της.

8. Για την αναστολή της εκτέλεσης της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, η «.....» άσκησε την από 13.11.2020, με αρ. καταχ. αίτησή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, δικάσιμος για τη συζήτηση της οποίας ορίστηκε η 15.12.2020.

9. Εν των μεταξύ, με την υπ' αριθ.(αρ. ΕΣΗΔΗΣ:) Διακήρυξη, προκηρύχθηκε από το Νοσοκομείο νέος **Διεθνής Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή Υπηρεσιών(crn) για ένα (1) έτος, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.099.923,56 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.**

10. Κατά της ως άνω Διακήρυξης, η εταιρεία «.....Α.Ε.» άσκησε την από **29.12.2020** προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. **363/2021** απόφαση, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ.**Διακήρυξη ως προς δύο όρους αυτής. Το Νοσοκομείο, σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ, τροποποίησε τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών παρατάθηκε μέχρι την 28.06.2021.**

11. Παράλληλα, εξεδόθη η υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς επί της ως άνω, με αριθ. καταχ. αίτησης αναστολής της

«.....», η οποία έκανε αυτή δεκτή, ανέστειλε την εκτέλεση της με αριθμό 1401/2020 απόφασης του 5ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, εκτός του κεφαλαίου αυτής με το οποίο **κρίθηκε με οριστική διάταξη ότι η προσφορά της «.....Α.Ε.» δεν είναι νόμιμη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό**, διέταξε ως κατάλληλο μέτρο την αναστολή της, σε συνέχεια της προσβαλλόμενης συμβάσεως, περαιτέρω παροχής υπηρεσιών της εταιρείας «.....Α.Ε.» προς το Νοσοκομείο από 1-3-2021 και εντεύθεν και επέτρεψε την εκτέλεση των ήδη υπογραφισών συμβάσεων μεταξύ του εν λόγω Νοσοκομείου και της «.....Α.Ε.», για το χρονικό διάστημα μέχρι 28 Φεβρουαρίου 2021. Ήδη, η «.....» έχει καταθέσει την από 11.02.2021, με 6 αρ. καταχ. αίτηση ακύρωσης, δικάσιμος για τη συζήτηση της οποίας έχει οριστεί η 21.09.2021.

12. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, ήτοι την υπ' αριθ. 363/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ που ακύρωσε την υπ' αριθ. Διακήρυξη ως προς δύο όρους αυτής και την υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, το Νοσοκομείο, για την κάλυψη της παροχής υπηρεσιών των κτιρίων του, **προσέφυγε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2006**, προκειμένου να αντιμετωπιστεί η κατεπείγουσα, άμεση και επιτακτική ανάγκη για τη διαρκή του νοσοκομείου, η οποία **βεβαίως οφείλεται και σε απρόβλεπτα γεγονότα (έξαρση της πανδημίας Covid-19 κλπ.)**

13. Κατόπιν αυτού, η Διοίκηση του Νοσοκομείου απέστειλε την υπ' αριθ. πρωτ. πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την παροχή υπηρεσιών (CPV) προς την εταιρεία «.....», λόγω της εμπειρίας και της τεχνογνωσίας της.

14. Η εταιρεία «.....» ανταποκρινόμενη στην παραπάνω πρόσκληση απέστειλε την με αριθ. πρωτ. 03.03.2021 προσφορά της, η οποία κρίθηκε συμφέρουσα και εντός τεχνικών προδιαγραφών από την αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης, που, με το υπ' αριθ. πρωτ. πρακτικό της, πρότεινε την κατακύρωση των εν λόγω υπηρεσιών στην προαναφερόμενη εταιρεία.

15. Με το απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της υπ' αριθ. 6ης/04.03.2021 συνεδρίασης του Νοσοκομείου, το ΔΣ του Νοσοκομείου αποφάσισε κατά

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

πλειοψηφία: α. Την έγκριση του υπ' αριθ. πρωτ. πρακτικού αξιολόγησης της αρμόδιας επιτροπής. β. Την κατακύρωση των υπηρεσιών(CPV) για τις ανάγκες του Νοσοκομείου διάστημα ενός (1) μηνός με δυνατότητα παράτασης ενός (1) μήνα στη εταιρεία «.....» και γ. Την υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» για διάστημα ενός (1) μηνός με δυνατότητα παράτασης ενός (1) μήνα αντί ποσού: 79.690,00€ + ΦΠΑ 24% (19.125,60€) = 98.815,60€.

16. Στη συνέχεια, υπογράφηκε μεταξύ του Νοσοκομείου και της εταιρείας «.....» η υπ' αριθ.**Σύμβαση Ανάθεσης(CPV)** του **Νοσοκομείου για διάστημα ενός (1) μήνα** και συγκεκριμένα από 01.03.2021 έως και 31.03.2021 με δυνατότητα μηνιαίας παράτασης στην τιμή των 79.690,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ή 98.815,60 ευρώ περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

17. Κατόπιν αυτού, η «.....» κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ την από 01.04.2021 προδικαστική προσφυγή της, με την οποία ζητούσε να ακυρωθούν: Α. Το απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της υπ' αριθ. 6ης /04.03.2021 συνεδρίασης του Νοσοκομείου, με το οποίο αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία: 1. Η έγκριση του υπ' αριθ. πρωτ.πρακτικού αξιολόγησης της αρμόδιας επιτροπής που αφορά την επανυποβολή διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού - σύμφωνα με το αρ. 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και του αρ. 33 του ν. 4764/2020 κατά παρέκκλιση των περί των προμηθειών του Δημοσίου διατάξεων - για την παροχή υπηρεσιών(CPV) για διάστημα ενός (1) μηνός με δυνατότητα παράτασης ενός (1) μήνα. 2. Η κατακύρωση των υπηρεσιών(CPV) για τις ανάγκες του Νοσοκομείου διάστημα ενός (1) μηνός με δυνατότητα παράτασης ενός (1) μήνα στη εταιρεία «.....» και 3. Η υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» για διάστημα ενός (1) μηνός με δυνατότητα παράτασης ενός (1) μήνα αντί ποσού: 79.690,00€ + ΦΠΑ 24% (19.125,60€) = 98.815,60€. Β. Η υπ' αριθ.**Σύμβαση Ανάθεσης(CPV)** του Νοσοκομείου για διάστημα ενός (1) μήνα και συγκεκριμένα από 01.03.2021 έως και 31.03.2021 με δυνατότητα μηνιαίας παράτασης στην τιμή των 79.690,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ή 98.815,60 ευρώ περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

18. Επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής της «.....» εξεδόθη η υπ' αριθ. 989/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ (6ο Κλιμάκιο), η οποία έκανε αυτή δεκτή και ακύρωσε την υπ' αριθ.σύμβαση του Νοσοκομείου με την εταιρεία «.....» για την παροχή υπηρεσιών για ένα μήνα από 01.03.2021 έως 31.03.2021, κρίνοντας όλως εσφαλμένως ότι δήθεν δεν συνέτρεχαν στην προκειμένη περίπτωση οι προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ' του Ν. 4412/2016, για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Ήδη το Νοσοκομείο έχει ασκήσει κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ αίτηση αναστολής και αίτηση ακύρωσης.

19. Παράλληλα, η «.....» κατέθεσε την από 26-3-2021 (Αριθμός Κατάθεσης) αίτηση για τη διαπίστωση της μη συμμόρφωσης του Νοσοκομείου προς την ως άνω Ν6/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά. Επ' αυτής εξεδόθη η υπ' αριθ. ΑΣ99/2021 απόφαση, με την οποία το Τριμελές Συμβούλιο του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά την απέρριψε κρίνοντας ότι: «6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το Συμβούλιο Συμμόρφωσης διαπιστώνει καταρχάς ότι, μετά την δημοσίευση της Ν6/2021 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς με το προεκτεθέν περιεχόμενο, το εν λόγω Νοσοκομείο δεν προχώρησε σε παράταση των υφιστάμενων συμβάσεων, αλλά εξέδωσε νέα πρόσκληση σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και το άρθρο 33 του ν. 4764/2020, διαδικασία που οδήγησε στην κατακύρωση των υπηρεσιών των κτιρίων του Νοσοκομείου για το μήνα Μάρτιο έτους 2021 στην εταιρεία «.....», καθώς και στην υπογραφή της σχετικής σύμβασης με την εν λόγω εταιρεία.

Με τα δεδομένα αυτά, και περαιτέρω ενόψει του ότι: α) η σύμβαση του μηνός Σεπτεμβρίου 2020 που αποτέλεσε αντικείμενο ελέγχου της Ν6/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά είχε εκδοθεί κατόπιν πρόσκλησης δύο οικονομικών φορέων (της αιτούσας και της εταιρείας), ενώ στο περιεχόμενό της δεν γινόταν επίκληση των διατάξεων σχετικά με τα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID- 19» (το ανωτέρω γεγονός οδήγησε στην κρίση ότι απαιτείτο η

δημοσίευση της σχετικής πρόσκλησης διαγωνισμού), όπως αντιθέτως συμβαίνει με την επακολουθήσασα πρόσκληση που αφορά τη σύμβαση μηνός Μαρτίου έτους 2021, β) η τελευταία ανωτέρω σύμβαση ερείδεται επί των διατάξεων των άρθρων 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και 33 του ν. 4764/2020 «Ρυθμίσεις για την προστασία της δημόσιας υγείας από τις συνέπειες της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19», ΦΕΚ Α' 256, τη συνδρομή των προϋποθέσεων των οποίων αμφισβητεί η αιτούσα, προκειμένου να καταδείξει τη μη συμμόρφωση της Διοίκησης, και γ) το γεγονός ότι, κατά τα παγίως κριθέντα (Συμβ. Συμμόρφωσης ΣΤΕ 7/2010, 83/2010), η εξέταση της νομιμότητας της νεώτερης πράξεως της Διοικήσεως δεν ανήκει στην αρμοδιότητα του παρόντος Συμβουλίου, αλλά αποτελεί αντικείμενο νέας δικαστικής κρίσεως κατόπιν της τυχόν ασκήσεως σχετικών ενδίκων βοηθημάτων εκ μέρους του αιτούντος, τα οποία στην ένδικη περίπτωση έχουν ήδη ασκηθεί (πρόκειται για την από 1-4-2021 προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, κατά της νέας υπογραφείσας σύμβασης, η οποία ήδη έγινε δεκτή με την 989/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ), δεν προκύπτει ότι η Διοίκηση παραβίασε την υποχρέωση συμμόρφωσης προς την ανωτέρω δικαστική απόφαση, όπως αβασίμως διατείνεται η αιτούσα εταιρεία. Κατά συνέπεια, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να απορριφθεί».

20. Στη συνέχεια, και προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες του Νοσοκομείου για υπηρεσίεςμέχρι την ολοκλήρωση του διαγωνισμού, το Νοσοκομείο απέστειλε τις υπ' αριθ. πρωτ. προσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού σύμφωνα με το αρ. 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και του αρ. 33 του ν. 4764/2020 για την παροχή υπηρεσιών(CPV) για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης» στις εταιρείες «.....», «.....» και «.....» αντίστοιχα. Οι παραπάνω εταιρείες, ανταποκρινόμενες στις προσκλήσεις του Νοσοκομείου απέστειλαν τις με αριθ. πρωτ.προσφορές αντίστοιχα.

Η επιτροπή αξιολόγησης, με το υπ' αριθ. πρωτ. ΟΕπρακτικό της απεφάνθη ότι η προσφορά της μειοδότης εταιρείας «.....», η οποία ανέρχεται στο ποσό των 197.507,20€ πλέον ΦΠΑ για το συγκεκριμένο διάστημα των δύο

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

μηνών είναι συμφέρουσα και εντός τεχνικών προδιαγραφών και πρότεινε την κατακύρωση των εν λόγω υπηρεσιών για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης, στην προαναφερόμενη εταιρεία.

21. Κατόπιν αυτού, με το προσβαλλόμενο απόσπασμα πρακτικών Δ.Σ. της υπ' αριθ. 10ης/22.04.2021 συνεδρίασης του Νοσοκομείου, εγκρίθηκαν: -Το υπ' αριθ. πρωτ. ΟΕ πρακτικό αξιολόγησης της αρμόδιας επιτροπής που αφορά τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού - σύμφωνα με το αρ. 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και του αρ. 33 του ν. 4764/2020 κατά παρέκκλιση των περί των προμηθειών του Δημοσίου διατάξεων - για την παροχή υπηρεσιών(CPV) για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01.05.2021 έως και 30.06.2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης. - Η κατακύρωση των υπηρεσιών(CPV) για τις ανάγκες του Νοσοκομείου διάστημα δύο μηνών και συγκεκριμένα από 01.05.2021 έως και 30.06.2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης στην εταιρεία «.....» και -Η υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» για διάστημα δύο (2) μηνών και συγκεκριμένα από 01-05-2021 έως και 30-06-2021 με δυνατότητα δίμηνης παράτασης αντί ποσού: 159.280,00€ + ΦΠΑ 24% (38.227,20€) = 197.507,20€ Στη συνέχεια, το Νοσοκομείο προχώρησε στην υπογραφή της υπ' αριθ.**Σύμβαση Ανάθεσης(CPV)** με την **εταιρεία «.....»**.

Γ. ΕΠΙ ΤΩΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΛΟΓΩΝ.

Γ.1. Επί της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς τη δημοσίευση διακήρυξης. Με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του Νόμου και το Νοσοκομείο δεν αποδεικνύει ότι συντρέχουν έκτακτες περιστάσεις που να δικαιολογούν την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Ο υπό κρίση λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

Ειδικότερα: 1. Στο άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι

αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α)... β)γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη».

2. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 33 του Ν. 4764/2020: «1. Για λόγους δημοσίου συμφέροντος, οι δαπάνες, που αφορούν στις υπηρεσίες σίτισης των ασθενών, της και φύλαξης των χώρων των νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ., που εξακολουθούν να παρέχονται από ιδιωτικά συνεργεία κατά την περίοδο της πανδημίας COVID-19, κατά παρέκκλιση των περί των προμηθειών του Δημοσίου διατάξεων, είναι νόμιμες, εκκαθαρίζονται και πληρώνονται στους δικαιούχους παρόχους, υπό την προϋπόθεση ότι παραμένουν σταθερές ως προς το ύψος τους όλο το χρονικό διάστημα και δεν υπερβαίνουν τις αντίστοιχες εγγεγραμμένες πιστώσεις του εγκεκριμένου ετήσιου προϋπολογισμού τους. 2. Η ισχύς της παρ. 2 του άρθρου 17 του ν. 4332/2015 (Α' 76), ως προς τη νομιμοποίηση δαπανών για την εξόφληση υποχρεώσεων των νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ. και των Υ.Πε., παρατείνεται έως και τη δημοσίευση του παρόντος».

3. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως αναφέρεται και ανωτέρω, ήδη με την Διακήρυξη του Νοσοκομείου, είχε προκηρυχθεί διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών των κτιρίων του Νοσοκομείου. Κατά της ως άνω διακήρυξης ασκήθηκε Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ από την εταιρεία «.....», η οποία απορρίφθηκε. Πλην όμως, κατόπιν άσκησης αίτησης αναστολής και αίτησης ακύρωσης, η προσφυγή εξετάσθηκε εκ νέου από την ΑΕΠΠ και επ'

αυτής εξεδόθη τελικά η υπ' αριθ. 1285/2020 απόφαση, η οποία ακύρωσε κατά το σκεπτικό της την υπ' αριθ.Διακήρυξη του Νοσοκομείου.

4. Στη συνέχεια, το Νοσοκομείο δημοσίευσε την υπ' αριθ.(αρ. **ΕΣΗΔΗΣ:**) **Διακήρυξη, με την οποία προκηρύχθηκε νέος Διεθνής Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή Υπηρεσιών** Κατά της Διακήρυξης αυτής, η εταιρεία «....Α.Ε.» άσκησε την από 29.12.2020 προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. 363/2021 απόφαση, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ.Διακήρυξη ως προς δύο όρους αυτής. Το Νοσοκομείο συμμορφώθηκε άμεσα με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ και τροποποίησε τις τεχνικές προδιαγραφές του Διαγωνισμού. **Επομένως, το Νοσοκομείο έχει δείξει τη δέουσα επιμέλεια αναφορικά με τη προκήρυξη διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών** στα κτίριά του, πλην όμως, ο σχετικός διαγωνισμός δεν έχει ολοκληρωθεί για λόγους που δεν απορρέουν από ευθύνη του Νοσοκομείου.

5. Καθ' όλο αυτό το χρονικό διάστημα, το Νοσοκομείο, λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης για καθαρισμό των κτιρίων του, προέβαινε σε απευθείας αναθέσεις μικρής διάρκειας. Στη συνέχεια, δε, προσέφυγε στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, καθώς πληρούνταν όλες οι προϋποθέσεις που θέτει ο νόμος για την προσφυγή στην διαδικασία αυτή. Ειδικότερα, η διαγωνιστική διαδικασία δεν είχε προχωρήσει, για λόγους που ουδόλως απορρέουν από ευθύνη του Νοσοκομείου, ενώ, παράλληλα, υπήρχε κατεπείγουσα, άμεση και επιτακτική ανάγκη για την παροχή υπηρεσιών των κτιρίων του Νοσοκομείου, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, μεταξύ άλλων, στην έξαρση της πανδημίας του κορωνοϊού (Covid-19).

6. Κατόπιν αυτού, το Νοσοκομείο απέστειλε, ως είχε τη δυνατότητα, τις υπ' αριθ. πρωτ. προσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού σύμφωνα με το αρ. 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 και το αρ. 33 του ν. 4764/2020 για την παροχή υπηρεσιών(CPV) προς τις εταιρείες «.....», «.....» και «.....», που διαθέτουν την απαραίτητη εμπειρία και τεχνογνωσία.

7. Τόσο οι υπ' αριθ. πρωτ.προσκλήσεις, όσο και η προσβαλλόμενη απόφαση περιέχουν πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφορικά με τους λόγους για τους οποίους το Νοσοκομείο προσέφυγε νομίμως στη διαδικασία αυτή, ήτοι το γεγονός ότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν είχε προχωρήσει, για λόγους που δεν απορρέουν σε καμία περίπτωση από ευθύνη του Νοσοκομείου, ενώ, παράλληλα, υπήρχε κατεπείγουσα, άμεση και επιτακτική ανάγκη για την παροχή υπηρεσιών των κτιρίων του Νοσοκομείου, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, ήτοι την έξαρση της πανδημίας του κορωνοϊού (Covid-19).

8. Ενόψει των ανωτέρω, αποδεικνύεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είχε νόμιμη, πλήρη και επαρκή αιτιολογία και για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί ο υπό κρίση λόγος της ένδικης προσφυγής.

Γ.2. Επί της παραβίασης αρχών εφαρμοζόμενων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

1. Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα διότι παραβιάζει τις αρχές της νομιμότητας, της διαφάνειας, της ίσης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων και της αμεροληψίας. Ο συγκεκριμένος λόγος πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως αόριστος και, σε κάθε περίπτωση, ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

2. Ειδικότερα, ο υπό κρίση λόγος προβάλλεται όλως αορίστως, αφού σε κανένα σημείο δεν εξειδικεύονται τα πραγματικά περιστατικά που συνιστούν παραβίαση των ως άνω αρχών. Η προσφεύγουσα αναφέρει μόνον ότι η ίδια διαθέτει την απαραίτητη εμπειρία και τεχνογνωσία και **ότι δεν κλήθηκε στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, παρά το γεγονός ότι κατά το παρελθόν παρείχε υπηρεσίες στο Νοσοκομείο.**

3. Στην προκειμένη περίπτωση, το Νοσοκομείο απέστειλε ως είχε τη δυνατότητα, τις υπ' αριθ. πρωτ.προσκλήσεις για συμμετοχή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού προς τις εταιρείες «.....», «.....» και «.....», που διαθέτουν την απαραίτητη εμπειρία και τεχνογνωσία, ενώ δεν είχε υποχρέωση να αποστείλει πρόκληση και στην προσφεύγουσα.

4. Επομένως, ουδεμία παραβίαση των αρχών της νομιμότητας, της διαφάνειας, της ίσης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων και της αμεροληψίας υπήρξε και για το λόγο αυτό δέον όπως απορριφθεί και ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής.

Γ.3. Επί της αιτούμενης κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης.

Τέλος, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθ.σύμβαση μεταξύ του Νοσοκομείου και της εταιρείας, άλλως και επικουρικώς, σε περίπτωση μη ακυρώσεώς της να επιδικαστεί σε βάρος του Νοσοκομείου πρόστιμο ίσο με το 10% της αξίας της σύμβασης και να περιέλθει αυτό σε εκείνη. **Και το αίτημα αυτό της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμο.**

Ειδικότερα: 1. Σύμφωνα με το άρθρο 364 του ν. 4412/2016: «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. **2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270».**

2. Στην προκειμένη περίπτωση, το Νοσοκομείο προσέφυγε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, καθώς συνέτρεχαν οι ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις του άρθρου 32§2γ του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 33 του Ν. 4764/2020, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα.

Υπό το πρίσμα αυτό, εφαρμοστέα τυγχάνει η παρ. 2 του άρθρου 364 του ν.4412/2016, κατά την οποία **το ανασταλτικό αποτέλεσμα για την υπογραφή της σύμβασης δεν υφίσταται όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης.** Συνεπώς, ο λόγος προσφυγής

που αφορά στην κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης από την ΑΕΠΠ, άλλως επικουρικά στην επιδίκαση σε βάρος του Νοσοκομείου προστίμου ίσου με ποσοστό 10% της αξίας της σύμβασης, θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Ενόψει των ανωτέρω, θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή ως απαράδεκτη και νόμω και ουσία αβάσιμη. [...]».

9. Επειδή, στις 28.06.2021, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «*Επί της υπ' Γ.Α.Κ. 1138/04-06-2021 προσφυγής μου, των εκθέσεων απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της ασκηθείσης παρεμβάσεως από την ως άνω εταιρεία, λεκτέα τα ακόλουθα:*

1) *Στην υπό κρίση προσφυγή μου, στο κεφάλαιο έννομο συμφέρον αναφέρω τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και τη διαμορφωθείσα νομολογία από την οποία συνάγεται ότι συντρέχει στο πρόσωπό μου το απαιτούμενο από τη διάταξη του άρθρου 346 του ν. 4412/2016 έννομο συμφέρον προσβολής της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι στην ανωτέρω διάταξη ρητά ορίζεται ότι αυτός που δικαιούται να ζητήσει προσωρινή δικαστική προστασία, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 είναι κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου τούτου και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από παράβαση της εσωτερικής ή ευρωπαϊκής νομοθεσίας. Στην προδικαστική προσφυγή μου προσδιορίζω συγκεκριμένα τη σύμβαση και την βλάβη, την οποία υφίσταμαι από την πράξη της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, υπάρχει στο πρόσωπό μου άμεσο και ενεστός έννομο συμφέρον προσβολής της αποφάσεως και της συμβάσεως, κατά τα εκτιθέμενα στην προσφυγή μου και όσα περί του αντιθέτου εντελώς αορίστως διατείνεται η παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.*

2) ***Το καθ' ου ισχυρίζεται ότι η μη πρόοδος του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τις προηγούμενεςκαιδιακηρύξεις δεν οφείλεται σε δική του υπαιτιότητα, αλλά στο γεγονός ότι οι διακηρύξεις του κρίθηκαν ακυρωτέες με τις υπ' αριθ. 1285/2020 και 363/2020***

αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. Μάλιστα, για την πρώτη (1285/2020) απόφαση, το καθ' ου νοσοκομείο άσκησε αίτηση αναστολής που απερρίφθη από το Δ.Εφ.Πειρ. με την Ν2/2021 απόφαση.

Ο ισχυρισμός αυτός, ανεξαρτήτως της βασιμότητάς του, δεδομένου ότι οι όροι των διακηρύξεων τέθηκαν από το νοσοκομείο, δεν αποτελεί αιτιολογία για την προσφυγή στην επίμαχη διαδικασία. Και τούτο, διότι, αφού το νοσοκομείο όρισε, ως ημερομηνία του τελευταίου προκηρυχθέντος διαγωνισμού την 28η-06-2021 όφειλε, μέχρι την διεξαγωγή και την ολοκλήρωση του διαγωνισμού, να αναζητήσει νόμιμο τρόπο παροχής των υπηρεσιών, όπως σε ανάλογες περιπτώσεις κάνουν οι αναθέτουσες αρχές (συνοπτικό διαγωνισμό κ.λπ.).

Ακόμη, η μετάθεση του διαγωνισμού σε μεταγενέστερη ημερομηνία αποτελεί πράξη αναγκαία, μετά την έκδοση της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. και δεν συνιστά απρόβλεπτο γεγονός, κατά την έννοια του νόμου, που να επιτρέπει εξ αυτού και μόνο του λόγου, την προσφυγή στην επίμαχη διαδικασία. Και τούτο, διότι η δυνατότητα άσκησης ενδίκου βοηθήματος κατά της διακήρυξης και η πιθανότητα αναστολής της προόδου της διαδικασίας του διαγωνισμού, κατ' αποδοχή σχετικού αιτήματος ενδιαφερομένου από το δικαστήριο ή την Α.Ε.Π.Π. αποτελεί σαφώς νόμιμη και προβλέψιμη εξέλιξη, την οποία όφειλε να λάβει υπ' όψη της η αναθέτουσα αρχή και όχι εκ των υστέρων να την επικαλείται ως δήθεν απρόβλεπτο γεγονός, προκειμένου να δικαιολογήσει την προσφυγή της στην επίμαχη διαδικασία.

Με τα δεδομένα αυτά, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ότι λόγω της μεταθέσεως της ημερομηνίας διεξαγωγής του διαγωνισμού "υποχρεώθηκε" να προσφύγει στην επίδικη διαδικασία είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι, επαναλαμβάνω, η απόφαση του δικαστηρίου ή της αρμόδιας από το νόμο εξεταστικής αρχής (Α.Ε.Π.Π.) δεν αποτελεί απρόβλεπτο γεγονός, το οποίο απαιτείται ως προϋπόθεση για την εφαρμογή του άρθρου 32§2.γ του ν. 4412/2016 (σχετικά με την έννοια του απροβλέπτου και κατωτέρω 5).

3) Η επανειλημμένη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία δεν μπορεί να βρει αιτιολογικό έρεισμα στη συνεχή επίκληση του covid - 19, διότι, η κατάσταση αυτή με την πανδημία, είναι γνωστή τουλάχιστον από

το Μάρτιο 2020, αποτελεί στοιχείο της κοινωνικής ζωής και έκτοτε, η πολιτεία και οι φορείς της έχουν προσαρμόσει την λειτουργία των υπηρεσιών τους, με βάση τις συνθήκες που έχουν προκύψει. Παρά ταύτα, το καθ' ου και στην προσβαλλόμενη πράξη του προσπαθεί να αιτιολογήσει την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία - στην ουσία, αποτελεί απευθείας ανάθεση στον ίδιο οικονομικό φορέα για πολλοστή φορά - και πάλι στην πανδημία. Μάλιστα, επιχειρεί να δικαιολογήσει την επιλογή με την επίκληση ότι απέστειλε «... προς την εταιρεία Λόγω της εμπειρίας και της τεχνογνωσίας της ...» (1ος λόγος απόψεων, περ. 5).

Όμως, την εμπειρία και τεχνογνωσία αυτή την έχουν και άλλοι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται επί σειρά ετών με την παροχή των αυτών υπηρεσιών, σε μεγάλα νοσοκομεία της χώρας, μεταξύ των οποίων είναι και η ημετέρα εταιρεία, η οποία, σήμερα, παρέχει υπηρεσίες σε νοσοκομεία αντιμετώπισης της πανδημίας, όπως είναι το, νοσοκομείο, Γ.Ν. κ.λπ.

Άλλωστε, για το ίδιο θέμα (εμπειρία, τεχνογνωσία), το Δ.Σ. του νοσοκομείου στην υπ' αριθ.απόφασή του, μεταξύ των άλλων, δέχθηκε τα εξής: «Για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών για το μήνα Σεπτέμβριο 2020 η διοίκηση του νοσοκομείου απέστειλε την ... πρόσκληση υποβολής οικονομικής προσφοράς στην εταιρεία και την ... πρόσκληση υποβολής οικονομικής προσφοράς στην εταιρεία βασιζόμενη στην τεχνογνωσία των συγκεκριμένων εταιρειών, λόγω των παραπάνω συναφθεισών συμβάσεων (Σχετ. 15, 16)».

Η ανωτέρω κρίση, πέραν του αβασίμου, είναι και ανεπίτρεπτη και αντίθετη στην αρχή της νομιμότητας, της ίσης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων και της αποφυγής διακρίσεων και αποτελεί ένδειξη εύνοιας προς την εν λόγω εταιρεία, καθόσον αναγνωρίζει μόνο σε αυτή καταλληλότητα παροχής των υπηρεσιών και θίγει την αρχή του υγιούς και θεμιτού ανταγωνισμού, που αποτελεί τη βάση για τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων.

4) Περαιτέρω, το βάρος απόδειξης ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων που τις επικαλείται. Κατά παγία νομολογία, οι εν λόγω

διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με την Συνθ.Λ.Ε.Ε. καθώς η υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης έχει ως θεμέλιο το πρωτογενές Ευρωπαϊκό Ενωσιακό Δίκαιο και με αναφορά στον ελεύθερο και πραγματικό ανταγωνισμό (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1/2012 - σκ. 6, με παραπομπή σε προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Poires Maduro* της 17ης-12-2008 - υπόθεση 250/2007 - Επιτροπή κατά Ελλάδος). Ούτω, η διάταξη του άρθρου 32, ως εισάγουσα εξαίρεση που συνιστά παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από την Συνθ.Λ.Ε.Ε. δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας.

Περαιτέρω, όπως εκθέτω και στην υπό κρίση προσφυγή μου, στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχουν αθροιστικά οι 3 προϋποθέσεις εφαρμογής του 32 παρ. 2.γ του ν. 4412/2016, ήτοι:

- Δεν υπάρχει απρόβλεπτο γεγονός. Και τούτο, διότι ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά, με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής. Κατά τη νομολογία, η έννοια του απρόβλεπτου γεγονότος αναφέρεται όχι στο αν πραγματικά προέβλεψε ή όχι αλλά στο αν όφειλε αντικειμενικό με βάση τα διδάγματα της πείρας και της λογικής να προβλεφθεί από την αναθέτουσα αρχή. Έτσι, η διαρκής και επαναλαμβανόμενη επίκληση σε ετήσια σχεδόν βάση αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας, το οποίο γνώριζε και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια η αναθέτουσα αρχή για τον έγκαιρο προγραμματισμό και την διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεως, σύμφωνα με τις διατάξεις της ευρωπαϊκής και της εσωτερικής νομοθεσίας. Εν προκειμένω, όπως εκτίθεται, στην προσφυγή και ανωτέρω, η κατάσταση με την πανδημία είναι γνωστή από τον Μάρτιο του 2020.

- Ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης εξαιτίας της οποίας δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που επιτάσσουν οι άλλες διαδικασίες και οι

περιστάσεις της οποίας δεν απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. **Εν προκειμένω, το καθ' ου από το Νοέμβριο 2020 που κρίθηκε με την υπ' αριθ. 1401/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας με την οποία είχε συνάψει σύμβαση, δεν ήταν νόμιμη και την οποία (απόφαση) δεν αμφισβήτησε ούτε το νοσοκομείο ούτε η εταιρεία όφειλε να αναζητήσει νόμιμο τρόπο παροχής των υπηρεσιών. Το γεγονός ότι με την ίδια απόφαση απορρίφθηκε η προσφυγή μου, διότι κρίθηκε εσφαλμένως ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό μου έννομο συμφέρον προβολής αιτιάσεων κατά της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου, δεν ασκεί επιρροή επί της διαδικασίας που όφειλε να ακολουθήσει ως αναθέτουσα αρχή. Δηλαδή, να αναζητήσει νόμιμο τρόπο, τον οποίο παρέλειψε ακόμη και τον Φεβρουάριο 2021, παρά την έκδοση της ως άνω αποφάσεως του Δ.Εφ.Πειρ.**

- Ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απροβλέπτου γεγονός και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει.

Στην προκειμένη περίπτωση, δεν πληρούται καμία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, γι' αυτό ούτε η αναθέτουσα αρχή ούτε η παρεμβαίνουσα, απαντούν επί των ισχυρισμών μου, ούτε φυσικά αποδεικνύουν ότι συντρέχουν έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την επαναλαμβανόμενη απόκλιση.

5) Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, λεκτέα και τα έξης:

- στις προσκλήσεις συμμετοχής στην επίδικη διαδικασία που απεστάλησαν στους οικονομικούς φορείς, αλλά και στην προσβαλλόμενη απόφαση, δεν παρατίθενται λόγοι, με τους οποίους να αιτιολογείται η επιλογή των υποψηφίων προς τους οποίους απεστάλησαν οι προσκλήσεις. Συγκεκριμένα, δεν τεκμηριώνεται εμπειρία των οικονομικών φορέων, ή άλλος νόμιμος και επαρκής λόγος, που απετέλεσε και την αιτία της πρόσκλησής τους.

- δεν απαντάται ο ισχυρισμός που προβάλλεται στον 2° λόγο της υπό κρίση προσφυγής μου, ότι με τον αποκλεισμό της ημετέρας εταιρείας παραβιάζονται οι βασικές αρχές που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές αναλυτικά παρατίθενται στον λόγο αυτό. Ούτω, δεν αιτιολογείται για ποιο λόγο αποκλείστηκε η ημετέρα εταιρεία, παρά το γεγονός ότι είχε προσκληθεί στην τελευταία διαγωνιστική διαδικασία και

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

διαθέτει αναμφισβήτητη και αναγνωρισμένη εμπειρία, κατά τα εκτιθέμενα στην προσφυγή μου. Αλλά, αναφέρεται ότι δεν υπήρχε υποχρέωση χωρίς ταυτόχρονα να αιτιολογείται ο λόγος αποκλεισμού και η επιλογή των άλλων υποψηφίων.

- επαναλαμβάνεται για μια ακόμα φορά η αναστολή των διακηρύξεων που αποφασίστηκε με τις αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. από το έτος 2020, παρότι το γεγονός τούτο, δεν αποτελεί απρόβλεπτο γεγονός και ικανό στοιχείο που να επιτρέπει την προσφυγή στην επίδικη διαδικασία.

- γίνεται για μια ακόμη φορά επίκληση της πανδημίας και επιχειρείται μέσω αυτής να δικαιολογηθεί η εκ νέου προσφυγή για πολλοστή στην επίδικη διαδικασία

- σχετικά με την υπ' αριθ. ΑΣ99/2021 απόφαση του Δ.Εφ.Πειρ. που απέρριψε την αίτηση για τη διαπίστωση μη συμμόρφωσης που υπέβαλα ως προς τα κριθέντα με την υπ' αριθ. Ν6/2021 απόφαση του ως άνω δικαστηρίου, θα πρέπει να υπογραμμισθεί ότι τούτο δεν ασκεί επιρροή στην έκβαση της παρούσης διαφοράς, καθόσον αφορά τελείως διαφορετικό ζήτημα. Σε κάθε περίπτωση, το δικαστήριο απέρριψε την αίτηση, διότι δεν έκρινε ότι η προσφυγή σε διαπραγμάτευση χωρίς τη δημοσίευση διακήρυξης (μόνο με την εταιρεία), είναι επιτρεπτή κατ' άρθρο 32§2.γ του ν. 4412/2016 ούτε περιέλαβε αιτιολογική κρίση επ' αυτού.

Τουναντίον, το δικαστήριο έκρινε ότι το γεγονός τούτο (της προσφυγής σε διαπραγμάτευση κ.λπ.) «... γ) το γεγονός ότι, κατά τα παγίως κριθέντα (Συμβ. Συμμόρφωσης ΣτΕ 7/2010, 83/2010), η εξέταση της νομιμότητας της νεώτερης πράξεως της Διοικήσεως δεν ανήκει στην αρμοδιότητα του παρόντος Συμβουλίου, αλλά αποτελεί αντικείμενο νέας δικαστικής κρίσεως κατόπιν της τυχόν ασκήσεως σχετικών ενδίκων βοηθημάτων εκ μέρους του αιτούντος, τα οποία στην ένδικη περίπτωση έχουν ήδη ασκηθεί (πρόκειται για την από 1-4-2021 προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, κατά της νέας υπογραφείσας σύμβασης, η οποία ήδη έγινε δεκτή με την 989/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ), δεν προκύπτει ότι η Διοίκηση παραβίασε την υποχρέωση συμμόρφωσης προς την ανωτέρω δικαστική απόφαση, όπως αβασίμως διατείνεται η αιτούσα εταιρεία. ...». Επειδή η υπό κρίση προσφυγή μου πρέπει να γίνει δεκτή για τους ίδιους

λόγους που έγινε δεκτή και η προηγούμενη προσφυγή μου με την υπ' αριθ. 989/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. [...]».

10. Επειδή, στο άρθρο 364 («Ανασταλτικό αποτέλεσμα») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.»

11. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 368 («Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης») του Ν. 4412/2016 (βλ. ΜΕΡΟΣ Β´ «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΗΡΥΞΗ ΑΚΥΡΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ»), ορίζεται ότι: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι: (α) η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται, κατά παράβαση των ευρωπαϊκών και εθνικών κανόνων δημόσιων συμβάσεων· ή (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364· ή (γ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας - πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν είτε από τις περιπτώσεις α´ και β´ της παραγράφου 2, την περίπτωση α´ της παραγράφου 4 και τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 33 και την

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

παράγραφο 5 του άρθρου 39 είτε από τις περιπτώσεις α΄ και β΄ της παραγράφου 2, την περίπτωση α΄ της παραγράφου 4, τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 270, κατά περίπτωση.».

12. Επειδή, στο άρθρο 369 («Κήρυξη ακυρότητας – Διαδικασία») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου. Τα άρθρα 360, 362, 363 και 365 εφαρμόζονται αναλόγως στην περίπτωση αυτή. 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης κατά τα άρθρα 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση, εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο. Στην ενημέρωση αυτή πρέπει να εκτίθενται οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην παρ. 2 του άρθρου 70 ή στην παρ. 2 του άρθρου 300, αντίστοιχα. Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης. [...] 4. Η κατάθεση της προσφυγής του παρόντος άρθρου αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 366».

13. Επειδή, στο άρθρο 370 (« Δυνατότητα μη κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: « 1. Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης [...] 3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

14. Επειδή, στο άρθρο 371 («Συνέπειες κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Αν η ΑΕΠΠ κηρύξει σύμβαση άκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 368, η ακυρότητα **έχει αναδρομική ισχύ με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 2.** Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει. 2. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

15. Επειδή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο

όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

16. Επειδή, ειδικότερα, ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξή του. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2017). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

17. Επειδή, όπως προκύπτει και από τις ανωτέρω σκέψεις, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Προσωπικό ή ατομικό ή ίδιον ή ειδικό ή συγκεκριμένο είναι το συμφέρον του αιτούντος, όταν αφορά αυτόν προσωπικώς και όχι τον γενικό τίτλο των πολιτών, δηλαδή όταν η βλάβη είναι εξατομικευμένη. Για να είναι άμεσο το έννομο συμφέρον, δεν αρκεί να συνδέεται με το πρόσωπο του αιτούντος, αλλά πρέπει αυτή η σύνδεση επιπλέον να γίνεται απευθείας και όχι κατ' αντανάκλαση. Άμεσο είναι το συμφέρον όταν προκαλείται στον αιτούντα, ευθέως, άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, χωρίς να παρεμβάλλεται στη σχέση αυτή το συμφέρον τρίτου προσώπου. Κατά μία άλλη διατύπωση, στην αιτιώδη σχέση που υπάρχει μεταξύ της εκδόσεως της πράξεως και της επερχόμενης

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

ως συνέπεια της πράξεως αυτής βλάβης στον αιτούντα (ΣτΕ 963/1964), δεν πρέπει να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, ώστε η ζημία του αιτούντος να εμφανίζεται ως κατ' αντανάκλαση συνέπεια εκείνης, την οποία υφίσταται ο θιγόμενος αμέσως εξ αυτής τρίτος (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 232-233). Τέλος, το έννομο συμφέρον είναι ενεστώσ όταν η ανάγκη προς παροχή προδικαστικής ή δικαστικής προστασίας δεν ανάγεται σε ενδεχόμενες εξελίξεις, αλλά θεμελιώνεται επί βέβαιων περιστατικών του παρόντος. Η βλάβη δηλαδή πρέπει να επέρχεται με την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης ή αμέσως μετά την έκδοση αυτής (το συμφέρον δηλαδή δύναται να είναι και αμέσως επικείμενο). Συμφέρον μέλλον ή ενδεχόμενο (ΣτΕ Ολ. 95/2017, 329, 893/2011, 7μ. 4391/2011, 338/2004, 1195/1981, 2398/1980, 3564/1977 αλλά και παλαιότερα ΣτΕ 1823/1956) και αόριστο ή απλώς προσδοκώμενο ή παρελθόν καθιστά την αίτηση ακυρώσεως απαράδεκτη. Δεν θεωρείται ενεστώσ το έννομο συμφέρον, όταν από την προσβαλλόμενη πράξη προβάλλονται ενδεχόμενες συνέπειες, οι οποίες θα επέλθουν κατά την άποψη του αιτούντος και δεν προκύπτει συγκεκριμένη βλάβη (ΣτΕ 329/2011) [Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-264].

18. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Α) Καταρχάς, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της παρούσας Προσφυγής. Ως προελέχθη (βλ. σκέψη 5 της παρούσας), δοθέντος ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό κρίση Πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και της υπογραφείσας σύμβασης, διαθέτει έννομο συμφέρον να της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, την οποία δεν ανέλαβε, ως ισχυρίζεται, λόγω των μη νόμιμων ενεργειών του Νοσοκομείου και ειδικότερα, λόγω της παράνομης προσφυγής του στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση Προκήρυξης.

B) Ως προς τον 1^ο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής (μη σύννομη προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016), λεκτέα είναι τα εξής:

Όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕλΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, **εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).**

Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή

της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής (άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες (Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-299/08, EU:C:2009:769, σκ. 29). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010).

Εξάλλου, οι οικείες διατάξεις 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 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. **Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να**

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

Γ). Από τα ανωτέρω συνάγεται σαφώς, ότι η Απόφαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στην επίμαχη, εξαιρετική διαδικασία θα πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία. Περαιτέρω, οι λόγοι προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία θα πρέπει να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕΛΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕΛΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο και καταρχήν από την **Α.Ε.Π.Π.**) (πρβλ. ενδεικτικά και κατ'αναλογία ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου).

Συνεπώς, εάν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ Αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, σκέψη 40).

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί **εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στον νόμο περιπτώσεις**. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ Αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 13 και της 17ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκέψη 32).

Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται στην Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον), ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες στην Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, Υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΕ, Υπόθεση C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, σκέψεις 11-17 και Υπόθεση C-157/06, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, σκέψη 23).

Περαιτέρω, μία από τις εξαιρετικές περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση Προκηρύξεως συνιστά η περίπτωση κατά την οποία, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού (ανοικτού ή κλειστού) διαγωνισμού, ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, **καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων** (βλ. σχετ. ΕλΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕλΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ),

οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση Προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων.

Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική (Απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, Υπόθεση C-549/14, σκέψη 35). **Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας** (Απόφαση 2ας Αυγούστου 1993, Υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή).

Δ) Από το σύνολο των προρρηθέντων συνάγεται ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή, όφειλε να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση Προκήρυξης, απευθύνοντας πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος στην παρεμβαίνουσα, με την οποία συνήψε την προσβαλλόμενη σύμβαση. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των ανωτέρω λόγων, θα έπρεπε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα. Ωστόσο, από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. **δεν προέκυψε η κάλυψη σωρευτικώς του συνόλου των απαιτούμενων προϋποθέσεων, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.**

Πιο συγκεκριμένα, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ΔΕΝ επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, εάν η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να προβλέψει τις προς κάλυψη ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως (βλ. ΔΕΕ, Υπόθεση C-107/92). Για παράδειγμα, σε περίπτωση που η σχετική απαίτηση έχει ήδη διατυπωθεί ρητά σε προηγούμενες Διακηρύξεις και συμβάσεις της αναθέτουσας αρχής, είναι δηλαδή γνωστή σε αυτή, και **η ανάγκη σύναψης σχετικών συμβάσεων είναι διαρκής και επαναλαμβανόμενη, ανακύπτει δε σε ετήσια βάση, τότε η ανάγκη παροχής των υπηρεσιών αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας το οποίο γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει (με τη δέουσα επιμέλεια) το Νοσοκομείο, ώστε να προβεί σε έγκαιρο προγραμματισμό και διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη των οικείων συμβάσεων, σύμφωνα με τις κοινές περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις.** Ομοίως, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή μετά την ακύρωση των προγενέστερων Διακηρύξεων (αρ.και), είχε τη δυνατότητα να εξακολουθήσει νόμιμη διαγωνιστική διαδικασία προς ανάθεση της εν λόγω σύμβασης, χωρίς περαιτέρω καθυστερήσεις και άρα, χωρίς να συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη για προσφυγή στη διεξαγωγή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

Εξάλλου, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η προσφεύγουσα, δεν επιτρέπεται προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τον λόγο ότι ο ανοικτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται τα υπό προμήθεια είδη ή οι προς συμβασιοποίηση υπηρεσίες δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι το γεγονός αυτό δε συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση, ήτοι, έκτακτο 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, έχει κριθεί ότι η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών ανάθεσης υπηρεσιών, εξαιτίας της υποβολής ενστάσεων, προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ μέρους των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, ΔΕΝ συνιστά

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

απρόβλεπτη περίπτωση, καθισταμένης ούτως επείγουσας της ανάγκης απευθείας ανάθεσης των σχετικών υπηρεσιών, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (ΕλΣυν πράξεις VI Τμ. 91/2007, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Απόφαση 540/2013, Συνεδρίαση της 10ης Δεκεμβρίου 2013), ενώ το ζήτημα αν οι δικαστικές εμπλοκές κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, μπορούν ή όχι να θεωρηθούν απρόβλεπτο γεγονός που δικαιολογεί την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), **επιλύεται κατά κανόνα αρνητικά** (βλ. ΣΤΕ 1747/2011, ΕΣ VI Τμ. 2776/2011, 91/2007 και 205/2007, βλ. και Δ. Ράικος κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. 1, 2018, σελ. 336 επ.).

Ως, επίσης, έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. Α.Ε.Π.Π 1415/2019, 1078/2018 και πρβλ. ΑΕΠΠ 55/2019), παραλείψεις ή καθυστερήσεις της αναθέτουσας αρχής να προγραμματίσει και να προβεί έγκαιρα στις απαιτούμενες ενέργειες σύναψης της σύμβασης (π.χ. καθυστέρηση στην εκκίνηση της διαδικασίας) παρά τη διαπίστωση της ανάγκης, έχει κριθεί ότι δεν μπορούν να στοιχειοθετήσουν κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός (ΔΕΕ, Υπόθεση C-394/02 σκ. 44, Υπόθεση C-275/08, σκ. 72 και Υπόθεση 194/88 R La Spezia). Συναφώς, 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 (βλ. ΕλΣυν Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλιμάκιο Ζ' 264/2010, Κλιμάκιο ΣΤ' 205/2007, Τμ. VI 58/2005, 91/2007, 19/2009). Ομοίως, δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει απρόβλεπτο γεγονός η πλήρωση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, εάν από καιρού, όπως στην κρινόμενη περίπτωση, γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας διαγωνισμού.

Για τους ανωτέρω λόγους,, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, κατά τις οποίες: *«...Εν προκειμένω, το καθ' ου από το Νοέμβριο 2020 που κρίθηκε με την υπ' αριθ. 1401/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας με την οποία είχε συνάψει σύμβαση, δεν ήταν νόμιμη και*

την οποία (απόφαση) δεν αμφισβήτησε ούτε το νοσοκομείο ούτε η εταιρεία όφειλε να αναζητήσει νόμιμο τρόπο παροχής των υπηρεσιών...».

Μάλιστα, η νομιμότητα της επίμαχης διαδικασίας (και της συνεπακόλουθης σύμβασης με τον παρεμβαίνοντα) δεν ερείδεται ούτε επί των διατάξεων του **άρθρου 33 του Ν. 4764/2020 «Ρυθμίσεις για την προστασία της δημόσιας υγείας από τις συνέπειες της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19»** (ΦΕΚ Α' 256), καθώς, ως, επίσης, βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων: *«... η κατάσταση αυτή με την πανδημία, είναι γνωστή τουλάχιστον από το Μάρτιο 2020, αποτελεί στοιχείο της κοινωνικής ζωής και έκτοτε, η πολιτεία και οι φορείς της έχουν προσαρμόσει την λειτουργία των υπηρεσιών τους, με βάση τις συνθήκες που έχουν προκύψει. Παρά ταύτα, το καθ' ου και στην προσβαλλόμενη πράξη του προσπαθεί να αιτιολογήσει την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία - στην ουσία, αποτελεί απευθείας ανάθεση στον ίδιο οικονομικό φορέα για πολλοστή φορά - και πάλι στην πανδημία...»*, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του Νοσοκομείου και του παρεμβαίνοντος.

Περαιτέρω, η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, δυσχερώς μπορεί να υποστηριχθεί ότι συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο διότι, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016, η οικεία αναθέτουσα αρχή, μετά την ακύρωση των δημόσιων ανοικτών διαγωνισμών (βλ. υπ' αριθμ.καιΔιακηρύξεις), θα μπορούσε να κάνει χρήση άλλων δυνατοτήτων, όπως της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της Προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει καλύτερους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Σε αυτή τη διαδικασία μπορεί η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε περιπτώσεις κατεπείγουσας κατάστασης, σε αντίθεση με την όλως εξαιρετική, περιοριστική σε μεγάλο βαθμό του ανταγωνισμού και με

Αριθμός απόφασης:Σ1845/2021

σημαντική περιστολή των διαδικασιών δημοσιότητας και διαφάνειας, διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση Προκήρυξης, η εφαρμογή της οποίας είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις των συγκεκριμένων διατάξεων, οι οποίες την προβλέπουν (πρβλ. ΔΕΕ Υπόθεση C- 352/12, σκ. 52, Υπόθεση C-126/03, σκ. 23, Υπόθεση C-24/91 σκ. 14 και Υπόθεση C-107/92, σκ. 13).

Ενόψει της ως άνω παραδοχής, προκύπτει (βλ. συναφώς και υπ' αριθμ. 1078/2018, 989/2021 Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π.), ότι η αναθέτουσα αρχή, ΔΕΝ απέδειξε, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού διαγωνισμού, έτι περισσότερο, λόγω του ήδη κατά τη στιγμή που λήφθηκε η Απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης με την προσφυγή στην κατ' εξαίρεση διαδικασία του άρθρου 32, παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, βρισκόταν σε εξέλιξη η διαγωνιστική διαδικασία του δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με αριθμό Διακήρυξης

Τέλος, ουδόλως δικαιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, για ποιον λόγο η προσφεύγουσα, η οποία ήταν ο ανάδοχος των εκτελούμενων υπηρεσιών στο παρελθόν και έχει ήδη κληθεί σε προηγούμενη πρόσκληση υποβολής ενδιαφέροντος (διέθετε επομένως την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια προς ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης), δεν προσκλήθηκε στην προσβαλλόμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης (2^{ος} λόγος Προσφυγής).

Ε) Από τα ανωτέρω αναφερόμενα (πλημμελής αιτιολόγηση της επίμαχης της διαδικασίας), προκύπτει ότι δεν συντρέχουν, εν προκειμένω, οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016 για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση Προκήρυξης - ούτε δε το άρθρο 33 του Ν. 4764/2020 μπορεί να τύχει εφαρμογής στην κρινόμενη περίπτωση, καθότι η πανδημία δεν αίρει τον διαρκή και εκ των προτέρων γνωστό στο υπόψη Νοσοκομείο χαρακτήρα των επίμαχων αναγκών - με συνέπεια η προσβαλλόμενη σύμβαση που ερείδεται σε αυτήν, να καθίσταται ακυρωτέα.

Επομένως, αφής στιγμής η εξεταζόμενη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση Προκήρυξης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, **δεν εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 2 α) του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016**, ήτοι, στην περίπτωση που εξαιρείται της εφαρμογής της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, μπορεί, εν προκειμένω να εφαρμοσθεί το άρθρο 368 παρ. 1 β), στο οποίο προβλέπεται η δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, λόγω μη τήρησης της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης, η οποία πράγματι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν τηρήθηκε με συνέπεια να βλάπτονται τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας λόγω απομείωσης της δυνατότητάς της να συμμετάσχει και η ίδια και να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης, κατόπιν ευδοκίμησης Προδικαστικής Προσφυγής της κατά της Απόφασης αξιολόγησης της προσφοράς και περαιτέρω, της ανάθεσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα (πρβλ ΔΕφΠει Ν6/21: *«Εξάλλου εφόσον κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω εμφιλοχώρησε παράβαση της υποχρέωσης αναστολής συνάψεως της σύμβασης με αποτέλεσμα να στερηθεί η αιτούσα τη δυνατότητα άσκησης επίκαιρης προδικαστικής προσφυγής προ της συνάψεως της σύμβασης [...] πρέπει περαιτέρω να εξετασθεί αν συντρέχει και παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που επηρέασε τις πιθανότητες της αιτούσας να της ανατεθεί η σύμβαση [...]»*).

Συμπερασματικά και δοθέντος ότι το βάρος απόδειξης ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων που τις επικαλείται (συνθήκη, όμως που, κατά τα ανωτέρω, δεν τηρήθηκε στην συγκεκριμένη περίπτωση), η υπ' αριθμ.σύμβαση ανάθεσης(CPV), που συνήφθη στο πλαίσιο της υπό εξέταση - μη νόμιμης – διαδικασίας διαπραγμάτευσης, τυγχάνει ακυρωτέα. Ενόψει δε των ανωτέρω εκτεθέντων, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του 2^{ου} λόγου Προσφυγής. Σημειώνεται, επίσης, ότι και η έτερη προσβαλλόμενη με την υπό κρίση Προσφυγή πράξη, ήτοι, το Απόσπασμα Πρακτικών Δ.Σ. της 10ης/22.04.2021 συνεδρίασης, με το οποίο κατακυρώθηκε η σύμβαση στην εταιρία «.....», τυγχάνει ακυρωτέο, διότι στερείται νομίμου ερείσματος.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και η ασκηθείσα Παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το κατατεθέν Παράβολο (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ.Σύμβαση Ανάθεσης(CPV), που συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εταιρίας με τον δ.τ. «.....», κατά το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού επτακοσίων ενενήντα έξι ευρώ και σαράντα λεπτών 796,40€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμελιώτη