

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.12.2021 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2269/09.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», (εφεξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά του «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»).

και την από 23.12.2021 παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ..., επί της ..., αρ. ....

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί-μεταρρυθμιστεί, η προσβαλλόμενη από 26.11.2021 Πράξη/Ανάρτηση του Νοσοκομείου για την προμήθεια υλικών του τμήματος ηλεκτροφυσιολογίας-βηματοδότησης του Νοσοκομείου, καθώς και κάθε συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη της αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 600,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64),

## **Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022**

2. Επειδή, υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης παρεμβαίνει νομίμως η εταιρεία με την επωνυμία «...», αιτούμενη την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής για τους κατωτέρω αναλυτικά αναφερόμενους λόγους.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 07/12/2021 και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προσφυγή της στις 26/11/2021, οπότε και αναρτήθηκε αυτή στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας ερείδεται κατά τους ισχυρισμούς της στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από οικονομικούς φορείς την αποστολή οικονομικών προσφορών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για την προμήθεια υλικών του Τμήματος Ηλεκτροφυσιολογίας – Βηματοδότησης με μη νόμιμη – όπως στηρίζει και όπως αναλυτικά θα εκτεθεί παρακάτω- διαδικασία.

5. Επειδή, με την από 26.11.2021 πράξη/ανάρτηση του ..., ως αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Νοσοκομείου, ζητήθηκε από το Νοσοκομείο η αποστολή οικονομικών προσφορών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για την προμήθεια υλικών του τμήματος Ηλεκτροφυσιολογίας-Βηματοδότησης. Ειδικότερα, ζητήθηκαν δέκα εννέα (19) προϊόντα, τέθηκαν δε συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές για κάθε ένα από αυτά, χωρίς να αναγράφεται ειδικότερος προϋπολογισμός για κάθε είδος, σε ορισμένα δε εξ αυτών δεν αναγράφεται καν ζητούμενη ποσότητα. Περαιτέρω δε ορίστηκαν τα κάτωθι: «Οι προσφέρουσες εταιρείες πρέπει να αναφέρουν στην υποβαλλόμενη προσφορά τα ακόλουθα: 1. Ισχύς προσφοράς τουλάχιστον 6μηνη-πληρωμή σύμφωνα με τους όρους που διέπουν τις προμήθειες του δημοσίου τομέα, 2. Να διαθέτουν ετοιμοπαράδοτο εμπόρευμα έτσι ώστε να διασφαλίζεται η άμεση παράδοση των υλικών. Στην αντίθετη περίπτωση να ενημερώνουν εγγράφως για τον χρόνο αναμονής για να μπορεί το Νοσοκομείο να καλύψει ανάλογα τις ανάγκες του έγκαιρα, απρόσκοπτα και διασφαλίζοντας την προστασία των ασθενών, 3. Δέσμευση για την έγκαιρη παράδοση των υλικών εντός 3ημέρου από την αποστολή της παραγγελίας-ημερομηνία λήξης των

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

υλικών πλέον των 12 μηνών, 4. Οι προσφερόμενες τιμές να είναι εντός παρατηρητηρίου τιμών, 5. Για τα είδη που δεν υπάγονται στο Παρατηρητήριο να αναφέρονται με σαφήνεια, 6. Θα πρέπει να αναγράφονται απαραίτητα τα REF όλων των υλικών που προσφέρονται, 7. Οι προσφερόμενες εταιρείες θα πρέπει να προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση ότι δεν διώκονται ποινικά και δεν έχουν κηρυχθεί έκπτωτες, 8. Στην προσφορά να αναφέρονται CPV, GMDN, ΕΚΑΠΤΥ...»

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, ως προς το ιστορικό της υπόθεσης και τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της, ισχυρίζεται τα κάτωθι:

«Η Εταιρεία μας, «...» διαθέτει στην ελληνική αγορά ιατροτεχνολογικά προϊόντα, μεταξύ των οποίων και τα ζητούμενα από την προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση είδη. Η Εταιρεία μας συμμετείχε, υποβάλλοντας την από 07.12.2021 προσφορά της στην διαδικασία που εκκίνησε δια της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης με επιφύλαξη. Προσφεύγει δε ενώπιον Υμών, ενόψει του ότι η προσβαλλόμενη πράξη μη νομίμως δεν αναφέρει την προϋπολογισθείσα δαπάνη και τις ποσότητες των ειδών, διενεργείται άνευ της νόμιμης διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά πλήρη παράβαση και καταστρατήγηση του κείμενου ενωσιακού και εθνικού νομοθετικού πλαισίου που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις. Τούτο δε διότι δεδομένου ότι πουθενά στον άνω νόμο δεν προβλέπεται τέτοιου είδους διαδικασία, η οποία μάλιστα δεν αναφέρει καν την προϋπολογισθείσα αξία των προς προμήθεια ειδών και μοναδικό στόχο έχει την συγκέντρωση προσφορών για την μετ' έπειτα σύναψη προφανώς κατατετημένων παράνομων συμβάσεων απευθείας ανάθεσης στους προμηθευτές, που έχουν υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, κατά τα εν συνεχεία αναλυτικώς εκτιθέμενα. Ήδη, σήμερα, με την παρούσα, η Εταιρεία μας, έχοντας το απαιτούμενο άμεσο και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκησή της, δεδομένου του ενδιαφέροντος της να συμμετέχει σε νόμιμους διαγωνισμούς για την προμήθεια των ζητούμενων με την άνω Πράξη/Ανάρτηση υλικών ηλεκτροφυσιολογίας/βηματοδότησης, προσφεύγει ενώπιον Υμών.

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

Προσφεύγουμε δε παραδεκτώς ενώπιον της Αρχής Σας δεδομένης της παντελούς έλλειψης αναγραφής οιοδήποτε προϋπολογισμού στην προσβαλλόμενη πράξη, η οποία ενδεχομένως να είναι άνω των ενωσιακών ορίων. Σημειωτέον εδώ ότι κατ' άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 παρ. 1, ως ισχύει, ορίζεται ότι εάν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν ορίζεται προϋπολογισμός, τότε για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο εξακοσίων (600) Ευρώ, το οποίο καταβάλαμε.

Νομικές και πραγματικές αιτιάσεις: Παραβίαση των σχετικών διατάξεων και αρχών της ευρωπαϊκής και ημεδαπής νομοθεσίας για την διεξαγωγή των δημοσίων διαγωνισμών καθώς και της αρχής της χρηστής διοίκησης και της προστασίας του διοικουμένου. Εισαγωγικά-Επί του κείμενου κανονιστικού πλαισίου.

### A. Το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο

Κατ' άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας μεταξύ άλλων την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών και της ελευθερίας του ανταγωνισμού. Με έρεισμα, άλλωστε, στις Συνθήκες για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι αρχές της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων αποτελούν κρίσιμα στοιχεία που διέπουν τους διαγωνισμούς προμηθειών Δημοσίου. Ειδικότερα, η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποσκοπεί στη διασφάλιση της προσέλευσης στην διαγωνιστική διαδικασία όσο το δυνατόν περισσότερων υποψηφίων. Για τον λόγο αυτό, τα κριτήρια συμμετοχής στον διαγωνισμό πρέπει αδιάστικτα να τίθενται κατά τρόπο ορισμένο, σαφή, αμερόληπτο και αντικειμενικό και να υπαγορεύονται από λόγους δημοσίου συμφέροντος.

Όπως είναι γνωστό, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Διακήρυξη του Διαγωνισμού,

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να παρέχεται επαρκής εγγύηση εφαρμογής των κριτηρίων από τη Διοίκηση κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους διαγωνιζόμενους και να καθίσταται εφικτός ο δικαστικός έλεγχος της τήρησης των όρων της διακήρυξης, εάν απαιτηθεί (ορ. ΣτΕ ΕΑ 112/2011, 842/2010, 603/2009, 1015/2009 κ.α. και ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45, ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale- Bau, σκέψη 91, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ). Ειδικότερα δε στο άρθρο 53 του Ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

Περαιτέρω, η προκήρυξη (διακήρυξη) για την προμήθεια αγαθών πρέπει να τυγχάνει της απαιτούμενης δημοσιότητας, κατά τα επιτασσόμενα στα άρθρα 61-67 του Ν. 4412/2016 και να περιλαμβάνει τα οριζόμενα στο Παράρτημα V μέρος Γ του αυτού ως άνω Νόμου.

Ειδικότερα, μάλιστα, στο άρθρο 63 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι .....Οι προκηρύξεις σύμβασης χρησιμοποιούνται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού για όλες τις διαδικασίες...». Τονιστέον εδώ μάλιστα, ότι κατ' άρθρο 36 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των τριάντα χιλιάδων (30.000) Ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., καθώς και σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως διαδικασίας ανάθεσης και ανεξαρτήτως ποσού, να καταχωρούν στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ τα οριζόμενα στο άρθρο 38 του Ν. 4412/2016 στοιχεία. Εν προκειμένω, για την διενέργεια του εν τοις πράγματι διαγωνισμού χρησιμοποιήθηκε μόνον η ιστοσελίδα του Νοσοκομείου και εξ όσων γνωρίζουμε, η προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση δεν έχει αναρτηθεί στο ΚΗΔΜΗΣ ούτε στην ΔΙΑΥΓΕΙΑ, πολλώ δε μάλλον στο ΕΣΗΔΗΣ, παρόλο που

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

υπήρχε νόμιμη υποχρέωση προς τούτο λόγω εκτιμώμενης αξίας των προς προμήθεια ειδών.

Επί πλέον, για την εκάστοτε προμήθεια αγαθών από δημόσιους φορείς πρέπει να ακολουθείται η προβλεπόμενη από τον Νόμο διαδικασία ανάθεσης.

Άλλωστε, όπως είναι γνωστό, ευθύνη του Δημοσίου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, τηρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου, υπάρχει όχι μόνο όταν με πράξη ή παράλειψη οργάνου των νομικών αυτών προσώπων παραβιάζεται συγκεκριμένη διάταξη νόμου, αλλά και όταν παραλείπονται τα ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη υπηρεσία και προσδιορίζονται από την κείμενη εν γένει νομοθεσία, τα διδάγματα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης (ορ. ΣΤΕ 2796/2006 7μ., 1219/2012). Τέτοια παράνομη πράξη ή παράλειψη οργάνων του Δημοσίου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου συνιστά και κάθε πράξη ή παράλειψη αυτών που παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοικήσεως (ορ. ΑΠ 1170/1980), της διαφάνειας και τη συνταγματική αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου (ορ. ΣΤΕ Ολ. 2034/2011, 3334/2012).

Παραβίαση δε των αρχών αυτών επέρχεται και όταν τα όργανα του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου του δημιουργούν, ενόψει συγκεκριμένων ενεργειών τους, την εύλογη πεποίθηση ότι θα τύχει μιας συγκεκριμένης μεταχείρισεως, αλλά δεν ολοκληρώνουν τις απαιτούμενες από μέρους τους ενέργειες ώστε να πραγματοποιηθεί η προσδοκία του διοικουμένου (ορ. ΣΤΕ 2202/2014). Όπως, εξάλλου, ορίζει το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, οι Αναθέτουσες Αρχές των Διαγωνιστικών Διαδικασιών πρέπει να δρουν με γνώμονα την χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς τον σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.

Τέλος, το άρθρο 46 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι .....πριν από την έναρξη μίας διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάσουν την διαδικασία σύναψης σύμβασης και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις συμβάσεις. Για τον

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, επί παραδείγματι, να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών, όπως η Αρχή και η Μονάδα Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟ.ΠΑ.Δι.Σ.) του Κέντρου Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου (Κ.Δ.Ε.Ο.Δ.) ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για τον σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας...». Περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 47 του άνω νόμου, οι διαβουλεύσεις διεξάγονται βάσει ειδικής πρόσκλησης για ανοιχτή, μη δεσμευτική συμμετοχή των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων για την υποβολή σχολίων και προτάσεων, που αναρτάται στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, μέσω του έντυπου ή ηλεκτρονικού τύπου.

Β. Οι ειδικότερες πραγματικές και νομικές αιτιάσεις κατά της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης:

Η προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση τυγχάνει ανυπόστατη λόγω μη νόμιμης δημοσίευσής της:

Από τα άρθρα 42 παρ. 1 και 35 παρ. 1 του Συντάγματος προκύπτει η βασική αρχή ότι για την τελείωση των τυπικών νόμων και των λοιπών κανονιστικού χαρακτήρα διοικητικών πράξεων, απαιτείται η δημοσίευσή τους ως συστατικό στοιχείο του κύρους τους (ΣτΕ 1280/2013). Με την δημοσίευση η κανονιστική ρύθμιση καθίσταται προσιτή στους πολίτες, δημιουργείται τεκμήριο γνώσης αυτής και καθίσταται εφικτός ο έλεγχος νομιμότητας αυτής από τα Διοικητικά Δικαστήρια. Βάσει της δικαιοκρατικής απαίτησης για την δημοσίευση των ουσιαστικών νόμων, πάγια και διαρκώς επαναλαμβανόμενη νομολογία του ΣτΕ, χαρακτηρίζει την δημοσίευση των κανονιστικών διοικητικών πράξεων ως «συστατικό τους τύπο», κατά τρόπον ώστε η παράλειψή της να συνεπάγεται το ανυπόστατο της αδημοσίευτης πράξης.

Εξάλλου, το ενωσιακό δίκαιο αποδίδει εξαιρετική σημασία στην δημοσιότητα

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

των πράξεών του, τόσο των κανονιστικών, όσο και των ατομικών. Η δημοσιότητα, υπό την μορφή της δημοσίευσης των κανονιστικών πράξεων και της κοινοποίησης των ατομικών, γίνεται αντιληπτή ως γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου και θεμελιώδης εγγύηση δικαιοκρατικής διαφάνειας.

Ως εκ τούτου, η ανυπόστατη λόγω μη δημοσίευσής κανονιστική πράξη, δεν δύναται να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για την έκδοση περαιτέρω ατομικών πράξεων.

Η εν λόγω προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση συνιστά προπαρασκευαστική διοικητική πράξη της σύναψης δημόσιας σύμβασης και δη ανυπόστατη, διότι δεν έχουν τηρηθεί οι εκ του ν. 4412/2016 διατυπώσεις δημοσιότητας. Πάσχει δε αθεράπευτης ανυποστασίας, καθώς δεν έλαβε χώρα η κατά νόμο απαιτούμενη δημοσίευση κατά τον προσήκοντα τρόπο (ορ. ΑΕΠΠ 297/2019, Α549/2021).

Σύμφωνα δε με την υπ' αριθ. 87/2011 απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ κρίθηκε ότι «ναι μεν οι κανονιστικές πράξεις που δεν έχουν δημοσιευθεί είναι ανυπόστατες και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες, όμως ως εκ της φύσεώς τους και του περιεχομένου τους, αλλά και για λόγους ασφάλειας δικαίου, είναι εν πάση περιπτώσει ακυρωτέες, προς αποφυγή του ενδεχομένου της εφαρμογής τους στο μέλλον» (ΑΕΠΠ 297/2019 και ΕΑ ΣτΕ 68/2009 σκ. 11, 3424/2006).

Συνεπώς, δεδομένων όλων των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση τυγχάνει προδήλως ανυπόστατη, δοθέντος ότι δεν έχει αναρτηθεί στους οικείους διαδικτυακούς τόπους (ΕΣΗΔΗΣ, ΚΗΜΔΗΣ, ΔΙΑΥΓΕΙΑ), παρά μόνον στην ιστοσελίδα του Νοσοκομείου.

Παράβαση κατ' ουσίαν διατάξεων νόμου.

Κατ' άρθρο 53 του ν. 4412/2016 σχετικά με το περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης, ορίζεται ότι «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής



## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: α) την επωνυμία της αναθέτουσας αρχής, β) την προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών από την αρμόδια υπηρεσία, τη διεύθυνση και τον τρόπο υποβολής τους, γ) το όνομα, τη διεύθυνση, τον αριθμό τηλεφώνου και τηλεομοιοτυπικού μηχανήματος (FAX), τη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail) της υπηρεσίας που διενεργεί τον διαγωνισμό, καθώς και τον αρμόδιο υπάλληλο της υπηρεσίας αυτής, δ) τα αρμόδια όργανα για την αποσφράγιση των προσφορών, την ημερομηνία, την ώρα και λοιπές πληροφορίες που σχετίζονται με την αποσφράγιση (π.χ. τόπος αποσφράγισης), καθώς και τα πρόσωπα που δικαιούνται να συμμετέχουν στην διαδικασία, ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, στ) το είδος της διαδικασίας. ζ) την πηγή χρηματοδότησης και τον τρόπο πληρωμής, η) το νόμισμα της προσφερόμενης τιμής, θ) τις προϋποθέσεις αναπροσαρμογής του τιμήματος μετά την κατακύρωση, εφόσον κρίνεται ότι απαιτείται τέτοιος όρος, σύμφωνα και με την παρ. 10, ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται, ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59, ιδ) τη δυνατότητα υποβολής εναλλακτικών προσφορών, ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87, ιστ) τη διάρκεια ισχύος των προσφορών, ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής, ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων, κατά τα άρθρο 132, κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης, κβ) όλες τις αναγκαίες πληροφορίες σχετικά με τον τρόπο διάθεσης των εγγράφων της σύμβασης, κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία...»·... Επί της αρχής, η σαφήνεια και η πληρότητα των εγγράφων της σύμβασης εξυπηρετεί την αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων/προσφερόντων στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αποκλείοντας ή περιορίζοντας τον κίνδυνο τυχόν ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας της αναθέτουσας αρχής (ΑΕΠΠ Ε7/2019).

Από την απλή ανάγνωση της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης, προφανώς προκύπτει ότι το άνω Νοσοκομείο διενεργεί επί της ουσίας διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια ειδών. Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση, η οποία έχει την μορφή αρχείου excel περιλαμβάνονται στοιχεία, τα οποία προσιδιάζουν σε διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι τα προς προμήθεια είδη, η έναρξη και η λήξη υποβολής προσφορών και επιμέρους τεχνικές προδιαγραφές. Ωστόσο, ενδεικτικά, μεταξύ άλλων, δεν φέρει προϋπολογισμό και σε πολλές κατηγορίες ειδών λείπουν οι ζητούμενες ποσότητες, καθιστώντας την προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση μη νόμιμη και προς τούτο ακυρωτέα.

Ειδικότερα, κατά παραβίαση του άρθρ. 53 του Ν. 4412/2016, των οριζόμενων στο Παράρτημα V μέρος Γ του αυτού Νόμου και σε παραβίαση των αρχών περί διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και πραγματικού ανταγωνισμού:

α) Δεν αναφέρει κριτήριο κατακύρωσης και δεν προσδιορίζει ποιο είναι το

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

αντικείμενο της κατακύρωσης, καθιστώντας ασαφές το ακριβές αντικείμενο του προκειμένου διαγωνισμού. Με άλλα λόγια δεν προσδιορίζεται τι είδους σύμβαση συνάπτεται εν προκειμένω για την ανάθεση των ζητούμενων ειδών. Ούτε προφανώς περιγράφονται οι όροι αυτής. Από την άλλη, εάν δεν συνάπτεται σύμβαση δεν προσδιορίζεται τι άλλο ακριβώς κατακυρώνεται.

β) Δεν προσδιορίζονται όροι της επιμέρους παραγγελίας, της τιμολόγησης, για τον χρόνο πληρωμής και προφανώς ούτε ο τελικός τρόπος ανάθεσης της προμήθειας για την πώληση των ζητούμενων ειδών.

γ) Δεν ορίζεται χρόνος ισχύος της προσφοράς.

δ) Δεν ορίζονται προϋποθέσεις συμμετοχής ούτε λόγοι αποκλεισμού.

ε) Δεν ζητούνται εγγυήσεις κατά παραβίαση και του άρθρ. 72 του Ν. 4412/2016.

στ) Δεν προβλέπονται τα στάδια αξιολόγησης των προσφορών ούτε η σύσταση επιτροπής αξιολόγησης, κατά παραβίαση και των γενικών διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

Με άλλα λόγια από την προσβαλλόμενη πράξη ελλείπουν τα πλέον ουσιώδη στοιχεία της κατά παράβαση του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και δη το είδος το είδος της διαδικασίας ανάθεσης, η διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, ο εκτιμώμενος προϋπολογισμός, η ημερομηνία, η ώρα και λοιπές πληροφορίες που σχετίζονται με την αποσφράγιση (π.χ. τόπος αποσφράγισης), καθώς και τα πρόσωπα που δικαιούνται να συμμετέχουν στην διαδικασία, η πηγή χρηματοδότησης, οι απαιτούμενες εγγυήσεις, ο τύπος, τα ποσοστά, ο χρόνος υποβολής των εγγυήσεων, οι όροι και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, οι λόγοι αποκλεισμού, η απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, το κριτήριο ανάθεσης, η διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, η διάρκεια ισχύος των προσφορών, τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.) και ο κατάλογος και η σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης.

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

Περαιτέρω η διαγωνιστική αυτή διαδικασία αποτελεί προφανώς νομική κατασκευή της Αναθέτουσας Αρχής, δεδομένου ότι δεν έχει έρεισμα σε κανένα άρθρο του ν. 4412/2016, τον οποίο και επικαλείται ούτε ασφαλώς σε καμία ενωσιακή διάταξη. Αντίθετα προδήλως παραβιάζει αυτές.

Ούτε ασφαλώς δύναται να γίνει εν προκειμένω λόγος για απευθείας ανάθεση λόγω κατεπείγοντος: Το άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 που εναρμονίζεται πλήρως με το άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, μεταξύ άλλων (περίπτωση παρ. 2 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 ανοιχτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση.». Άλλωστε, το Νοσοκομείο δεν επικαλείται τέτοιο λόγο επείγοντος. Εν προκειμένω, δεν μπορεί δε να γίνει λόγος για «κατεπείγουσα ανάγκη» οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, τα οποία την αναγκάζουν να μην τηρήσει τις προθεσμίες που προβλέπονται για τις ανοιχτές διαδικασίες και θα δικαιολογούσε την προσφυγή στην διαδικασία με διαπραγμάτευση του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Και τούτο διότι η Αναθέτουσα Αρχή πρέπει να επικαλείται περιστάσεις για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης, οι οποίες δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική της ευθύνη. Συνοπτικά, για την προσφυγή στην διαδικασία αυτή πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά τρεις προϋποθέσεις: α) ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, β) 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 και γ) ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που προκύπτει. Αν δεν πληρούται μία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, η προσφυγή στην διαδικασία αυτή δεν δικαιολογείται (βλ. σχετικά Δημ. Ράικου κλπ, «Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016», εκδ. Σάκκουλα, 2014, Τόμος Ι, σελ. 336 και εκεί παραπομπές, ιδίως υπ' αριθ. 168/2012 απόφαση ΕΣ Κλ. Ζ', ΣΤΕ

1747/2011).

8.Ουδεμία αιτιολογία σχετικά με την επιλογή της εν λόγω διαδικασίας περιλαμβάνεται στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης ή στην ιστοσελίδα του Νοσοκομείου. Έτσι, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι συντρέχει ανάγκη αντιμετώπισης έκτακτων και επειγόντων περιστατικών, τούτο δεν προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης, καθιστώντας αυτήν παντελώς αναιτιολόγητη.

Στην πραγματικότητα, η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει σε συλλογή προσφορών, προκειμένου στην συνέχεια, να πραγματοποιήσει απευθείας ανάθεση των επιμέρους ζητούμενων ειδών. Τούτο αποτελεί μη νόμιμη πρακτική, η οποία δύναται να έχει ως αποτέλεσμα την κατάτμηση των συνολικά προς προμήθεια αντικειμένων του Νοσοκομείου και την αποφυγή της διενέργειας ανοιχτού διαγωνισμού, κατά παράβαση του ρυθμιστικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων.

Πάντως δεν προβλέπεται στην προσβαλλόμενη πράξη η σύναψη καμίας σύμβασης ούτε οι όροι αυτής. Συνεπώς, η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία συλλογής προσφορών μέσω της προσβαλλόμενης πράξης/ανάρτησης είναι προφανώς παράνομη, δεδομένου ότι δεν προκύπτει ότι συντρέχει πράγματι κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτες περιστάσεις, οι οποίες δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, ούτε ότι υφίσταται κάποιο εξωγενές, έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί, σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής κατά τον προγραμματισμό της σχετικής προμήθειας από το Νοσοκομείο, το οποίο θα μπορούσε να δικαιολογήσει, πάντα με επιφύλαξη, την προσφυγή στην ως άνω έκτακτη διαδικασία ανάθεσης (βλ. και ΕΣ Στ' Κλιμ. 97/2010).

Εάν ήταν άλλωστε κατεπείγουσες αυτές οι ανάγκες, το Νοσοκομείο θα προέβαινε σε άμεση αγορά για την τοποθέτηση των υλικών στους ασθενείς. Έχοντας υπόψη μάλιστα τα παραπάνω ουδείς λόγος υφίσταται για την μη διενέργεια τακτικού ανοιχτού διαγωνισμού για την προμήθεια των εν λόγω ειδών. Με άλλα λόγια, καμία εκ των προτέρων δυνάμενη να προβλεφθεί ανάγκη δεν μπορεί να δικαιολογήσει την επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής να

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

προβεί στην εν λόγω διαδικασία για συλλογή προσφορών αντί της ανάρτησης νόμιμης Διακήρυξης Ανοιχτού Διαγωνισμού.

Πράγματι, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να διενεργήσει ανοιχτό διαγωνισμό δυνάμει του άρθρου 27 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να υπάρχει η μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή οικονομικών φορέων στον Διαγωνισμό και να διασφαλιστεί αφενός η νόμιμη κατακύρωση των ζητούμενων ειδών και αφετέρου η απρόσκοπτη εκτέλεση των ενταλμάτων πληρωμής των παραδοθέντων προϊόντων μέσω δημόσιας σύμβασης, αντί της εκτέλεσης των προμηθειών μέσω «εξωσυμβατικών» απευθείας αναθέσεων που ουδόλως προβλέπονται από το κανονιστικό πλαίσιο.

Έλλειψη αναγραφής προϋπολογισθείσας αξίας

Επί πλέον, η εν λόγω πράξη/ανάρτηση δεν φέρει κανένα προϋπολογισμό κατά παραβίαση των οριζόμενων στο μέρος Γ' του Παραρτήματος V του Νόμου 4412/2016.

Αναφορικά με την έλλειψη αναγραφής οποιουδήποτε προϋπολογισμού ή αξίας επιμέρους κατηγορίας ειδών, λεκτέα και τα εξής: Η αναγραφή της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης είναι απαραίτητο στοιχείο κάθε Προκήρυξης Διαγωνισμού, διότι καθορίζει και την τήρηση της διαδικασίας ανάθεσης, που οφείλει να ακολουθήσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το ρυθμιστικό πλαίσιο των δημόσιων συμβάσεων. Ενόσω το ποσό, επί τη βάση του οποίου θα διενεργηθεί η εκτίμηση αυτή, εκτιμάται κατ' αρχήν από την αναθέτουσα αρχή, ωστόσο έχει επανειλημμένως κριθεί νομολογιακά ότι ο προμηθευόμενος φορέας δεν επιτρέπεται να προβεί στην κατάτμηση μιας κατά τα λοιπά ενιαίας προμήθειας, προς το σκοπό της καταστράτηγησης του ενωσιακού θεσμικού πλαισίου περί προμηθειών. Ως κατάτμηση νοείται η ανάληψη πολλαπλών νομικών δεσμεύσεων (συμβάσεων) χαμηλού προϋπολογισμού που καταλήγει στην αποφυγή της ενδεδειγμένης, με βάση το συνολικό προϋπολογισμό του έργου, διαδικασίας προμήθειας και την προσφυγή σε απλούστερη ή συντομότερη διαδικασία (βλ. και Γνωμοδότηση ΝΣΚ υπ' αριθμ. 266/2009· Ελεγκτικό Συνέδριο, Πράξεις IV Τμήματος υπ' αριθμ. 28, 79/1997, 91/2000, 12, 31, 116/2001, 26, 203/2003, 60, 75/2004,

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

64, 124, 129/2005, 11, 12, 20, 82, 105, 124/2006, 30/2007.). Ως εκ τούτου, δεν είναι επιτρεπτή η κατάτμηση μιας προμήθειας όμοιων ή ομοειδών κατηγοριών αγαθών ή υπηρεσιών σε περισσότερες προμήθειες όταν από τεχνική και ουσιαστική άποψη είναι όχι μόνο δυνατό αλλά και επιβεβλημένο για την οικονομικοτεχνική αρτιότητα του έργου να αποτελέσουν αντικείμενο ενιαίας διαδικασίας (διαγωνισμού - σύμβασης). Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε διαδικασία συλλογής προσφορών για πλήθος ιατρικών ειδών, χωρίς να θέτει ούτε συνολικό προϋπολογισμό της σύμβασης, αλλά ούτε και την αξία των επιμέρους ειδών. Επίσης, προχωρεί στην προσβαλλόμενη ανάρτηση προκειμένου εν συνεχεία προφανώς να προβεί σε απευθείας αναθέσεις. Αυτό όμως έχει ως αποτέλεσμα να προκύπτει κατάτμηση της ενιαίας σύμβασης σε περισσότερες και εν προκειμένω απευθείας αναθέσεις. Ωστόσο, μια τέτοια πρακτική αντιβαίνει προφανώς ευθέως με τις αρχές και διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθ. 35/2013 απόφαση του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η μη αναγραφή στην Διακήρυξη της συνολικής εκτιμώμενης αξίας των υπό ανάθεση υπηρεσιών για όλη την διάρκεια της σύμβασης, συνεπάγεται την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διαθέσει απεριόριστες πιστώσεις για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου.

Τέλος, η προσβαλλόμενη πράξη/ανάρτηση δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ούτε ως «προκαταρκτική διαβούλευση της αγοράς» του άρθρου 46 του ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η προσβαλλόμενη πράξη, η οποία δεν έχει αναρτηθεί ούτε στο ΕΣΗΔΗΣ ούτε στο ΚΗΔΜΗΣ ή την ΔΙΑΥΓΕΙΑ παρά μόνο στην ιστοσελίδα του Νοσοκομείου, εμπίπτει στην έννοια της προκαταρκτικής διαβούλευσης της αγοράς, διότι δεν γίνεται αναφορά προς τούτο στο σώμα της πράξης. Ούτε ζητούνται σχόλια ή προτάσεις, αλλά οικονομικές προσφορές. Συνεπώς, κατά τα ως άνω αναλυτικά αναφερόμενα, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε μία προφανώς έκνομη διαδικασία για την απευθείας ανάθεση προμηθειών σχετικά με τα ζητούμενα είδη, αφού όπως προκύπτει από τα παραπάνω, η επιχειρούμενη αυτή διαδικασία προμηθειών παραβιάζει τις διατάξεις και αρχές της ημεδαπής και της ενωσιακής έννομης τάξης που αφορούν την διενέργεια δημόσιων

διαγωνισμών».

10. Επειδή με την από 23.12.2021 ασκηθείσα Παρέμβασή της η εταιρεία με την επωνυμία «...» αιτείται την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής προβάλλοντας τους παρακάτω ισχυρισμούς:

«1.Με το άρθρο 1 παρ. 2 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι «Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221), β)... δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.».

Περαιτέρω, με τις διατάξεις του ως άνω Βιβλίου IV, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: Στο άρθρο 345 ότι «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς [και] των τροποποιήσεων αυτών. 3. ...». Κατ' αρχάς, η επίδικη διαδικασία κινήθηκε από το καθ' ού Νοσοκομείο με το προσβαλλόμενο έγγραφο περί διεξαγωγής έρευνας αγοράς, προκειμένου τούτο να συλλέξει προσφορές για την προμήθεια υγειονομικού υλικού διαφόρων ειδών. Στο έγγραφο δε αυτό, δεν προσδιορίζεται συνολική ή επιμέρους προϋπολογισθείσα αξία, ούτε συγκεκριμένη ποσότητα εκάστου είδους υγειονομικού υλικού, αλλά ούτε και χρονική διάρκεια της μέλλουσας να διενεργηθεί προμήθειας. Ως εκ τούτου, δεν προκύπτει ότι με την ως άνω



## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

έρευνα αγοράς, το τελευταίο απέβλεπε στη σύναψη δημόσιας σύμβασης εκτιμώμενης αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των κατωτάτων ορίων που προβλέπονται στο άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 ( 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές) ή ανώτερης του οριζόμενου στο άρθρο 345 παρ. 1 του ίδιου νόμου ποσού (60.000 ευρώ), χωρίς ΦΠΑ. Συνεπώς, η ένδικη διαφορά δεν εμπίπτει στις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, και κατ' ακολουθία δεν θεμελιώνεται αρμοδιότητα της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ad hoc ΔΕφΑΘ 327/2019, ΔΕφΑΘ 478/2018). Αλλά και στην επικαλούμενη από την προσφυγή απόφαση της ΑΕΠΠ 297/2019, η προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε. Συνεπώς, πρέπει η προσφυγή να απορριφθεί άνευ ετέρου ως απαράδεκτη λόγω αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.»*. Η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή δεν πληροί δύο από τις τιθέμενες ανωτέρω διαδικαστικές προϋποθέσεις για την παραδεκτή υποβολή τέτοιας προσφυγής στην ΑΕΠΠ. Κατ' αρχάς δεν στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας αρχής, εκτελεστής διοικητικής πράξης ενόψει του χαρακτήρα του Νοσοκομείου ως νπδδ. Εκτελεστή διοικητική πράξη θα είναι μόνον η πράξη τυχόν ανάθεσης ή τυχόν διακήρυξη διαγωνισμού, αλλά όχι η εδώ προσβαλλόμενη πράξη. Το ενδιαφέρον είναι ότι αυτά συνομολογούνται στην κρινόμενη προσφυγή όπου στη σελ. 5 πρώτη παράγραφο αναφέρεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη «.... μοναδικό στόχο έχει την συγκέντρωση προσφορών για την μετ' έπειτα σύναψη προφανώς κατετημένων παράνομων συμβάσεων απευθείας

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

ανάθεσης στους προμηθευτές που έχουν υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, κατά τα εν συνεχεία αναλυτικώς εκτιθέμενα». Με άλλα λόγια, αυτά που η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προσάπτει στην προσβαλλόμενη πράξη (μη τήρηση διατυπώσεων δημοσιότητας κατά το Ν. 4412/2016, έλλειψη των ουσιωδών στοιχείων της Διακήρυξης) συνιστούν ακριβώς τους λόγους της απόρριψης της προσφυγής ως απαράδεκτης. Περαιτέρω, ελλείπει το απαιτούμενο ειδικό έννομο συμφέρον. Κατά τη θεωρία και νομολογία μάλιστα το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό. Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης, ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής. Μάλιστα κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995). Στην προκειμένη περίπτωση η προσφεύγουσα θα έπρεπε να έχει αποδείξει την βλάβη της και συγκεκριμένα αυτή να έχει επέλθει κατά την άσκηση της επίδικης προσφυγής. Αντιθέτως επικαλείται γενικό έννομο συμφέρον νόμιμης και διαφανούς πραγματοποίησης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Τέλος, η προσφυγή είναι άνευ ετέρου απορριπτέα εκ του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα συνομολογεί έχει υποβάλει προσφορά στις 7.12.2021 χωρίς να ισχυρίζεται ότι η προσφορά αυτή ή τέλος πάντων η

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

συμμετοχή στη διαδικασία, την οποία μέμφεται, έγινε με επιφύλαξη. Κατ' ακολουθία, δεν έχει έννομο συμφέρον άσκησης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής».

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 30.12.2021 τις απόψεις της επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής με το υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 29462/30.12.201 έγγραφό της, οι οποίες ωστόσο δεν δύναται να ληφθούν υπ' όψη καθόσον κατατέθηκαν μετά την πάροδο της εκ του νόμου τασσόμενης προθεσμίας (βλ. αρ. 365 παρ. 1β Ν. 4412/2016).

12. Επειδή, ο Ν. 4412/2016, ορίζει στο αρ. 361 παρ.1 αυτού «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α. δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή β. δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, γ δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ».

13. Επειδή το π.δ. 39/2017 στο αρ. 4 αυτού «Προθεσμία άσκησης προσφυγής» ορίζει ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ ν. 4412/2016)».

14. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κρίνεται ότι έχει κατατεθεί εκπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προσφυγή της στις 26/11/2021, οπότε και αναρτήθηκε αυτή στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, η δε εξεταζόμενη προσφυγή κατατέθηκε δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 07/12/2021, ήτοι πέραν της προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, που προβλέπεται στο αρ. 361 παρ. 1 και 4 παρ.1 του π.δ. 39/2017 και επιπλέον, η προσβαλλόμενη δεν έχει τα χαρακτηριστικά της Διακήρυξης, ούτε προηγήθηκε ανάρτηση αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ, ώστε να εκκινήσει η 10ήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής μετά την πάροδο των 15 ημερών, σύμφωνα με το αρ. 361 παρ. 1β' του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή στο αρ. 360 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται ότι : «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από **εκτελεστή** πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.  
2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών

πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

16. Επειδή κατά τη θεωρία του διοικητικού δικαίου η εκτελεστότητα αποτελεί – μαζί με το τεκμήριο νομιμότητας- ένα εκ των δύο κύριων χαρακτηριστικών της διοικητικής πράξης και συνίσταται στο ότι η συμπεριφορά που καθορίζει (ενέργεια ή παράλειψη) και γενικότερα η ρύθμιση την οποία θεσπίζει είναι υποχρεωτική από την έκδοσή της χωρίς να χρειάζεται άλλη διαδικασία. Το χαρακτηριστικό αυτό της διοικητικής πράξης είναι συνέπεια του ότι με αυτή θεσπίζεται μονομερώς κανόνας δικαίου (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, 13<sup>η</sup> Έκδοση). Περαιτέρω, η εκτελεστότητα της διοικητικής πράξης συνίσταται στο ότι η καθοριζόμενη από τον κανόνα που αυτή θέτει συμπεριφορά είναι αμέσως υποχρεωτική για τον διοικούμενο στον οποίο αφορά και εξασφαλίζεται συνήθως με ένα σύστημα κυρώσεων για τον παραβάτη (βλ. Δ. Παπανικολαΐδη, Δίκαιον των διοικητικών πράξεων, τεύχος Α'-παν/μιακαί παραδόσεις Θεσσαλονίκη 1982, σ.10., Κ. Γώγο, Η δικαστική προσβολή παραλείψεων της διοίκησης, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σ. 45 επ.). Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, η εκτελεστότητα είναι ένα εγγενές χαρακτηριστικό της διοικητικής πράξης, το οποίο ανάγεται στη φύση και στο είδος του περιεχομένου της, το οποίο πρέπει να συνίσταται στη ρύθμιση έννομης σχέσης και να μην αφορά απλώς σε πληροφορία, εκτέλεση ή προπαρασκευή άλλης ρύθμισης, ή και εμμονή σε αυτή (Δ.Κόρσος, Διοικητικό δίκαιο, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 3η έκδ. 2005, σελ. 340, Ευ.Κουτούπα-Ρεγκάκου, Πρόσθετοι ή παρεπόμενοι ορισμοί στην διοικητική πράξη, Εκδ. Σάκκουλα, σελ. 123 επ.). Στις μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων και οι προπαρασκευαστικές πράξεις, που προηγούνται από την έκδοση μίας διοικητικής πράξης και είναι σχετικές με την έκδοσή της.

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

17. Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 7μελής 21/2020), για τη θεμελίωση του έννομου συμφέροντος, κατά τη θεωρία και νομολογία, θα πρέπει αυτό να είναι και άμεσο, από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση του ενδίκου βοηθήματος και την εξέταση αυτού (βλ. ενδεικτικά, ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002, 2239/2003, Ολομ. ΣτΕ 1002/2007, ΣτΕ 522/2020, Κ. Χιώλος, Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σ. 846-7) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για τη σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ).

18. Επειδή στην υπό εξέταση περίπτωση, όπως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η προσβαλλόμενη ουδόλως συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη φέρουσα τα ως άνω αναφερόμενα χαρακτηριστικά, καθόσον δεν πρόκειται για πράξη με την οποία θεσπίζεται κάποιος κανόνας δικαίου ή άλλως κάποια υποχρεωτική συμπεριφορά για τον διοικούμενο. Κάνοντας αναγωγή των γενικών κανόνων περί εκτελεστότητας της διοικητικής πράξης στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, η επίμαχη πράξη για να θεωρηθεί εκτελεστή θα έπρεπε να εισάγει ένα συγκεκριμένο κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού και να καθιερώνει ειδική δέσμη κανόνων για τους συμμετέχοντες. Με άλλα λόγια θα έπρεπε να υπάγει ρητώς την ανοιγόμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής διαδικασία σε συγκεκριμένο τύπο διαγωνισμού (π.χ. ανοιχτό – κλειστό κ.λ.π.) και να θέτει σε εφαρμογή τους εκ του νόμου προβλεπόμενους κανόνες διεξαγωγής του διαγωνισμού ανάλογα με το είδος της διαδικασίας. Τα ανωτέρω ωστόσο

## Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022

ουδόλως πληρούνται, καθώς η επίμαχη «πρόσκληση» ... όχι μόνο δεν φέρει πανηγυρική διατύπωση περί «Διακήρυξης» διαγωνισμού, αλλά ούτε και περιλαμβάνει τα κατά νόμον απαιτούμενα χαρακτηριστικά αυτής (π.χ. είδος διαδικασίας, προϋπολογιζόμενη δαπάνη, τρόπος υποβολής προσφορών κ.λ.π.). Μάλιστα, από κανένα στοιχείο της προσβαλλόμενης δεν προκύπτει ότι η επίμαχη «πρόσκληση» κατατείνει στη σύναψη κάποιου είδους σύμβασης με τους προσφέροντες. Περαιτέρω, όπως επίσης βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η κρινόμενη η προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθόσον δεν προκύπτει από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η ειδική βλάβη, η οποία προκαλείται σε αυτήν άμεσα και ευθέως από την πρόσκληση του Νοσοκομείου για την υποβολή «άτυπων» προσφορών.

19. Επειδή, κατά τα ανωτέρω η κατατεθείσα προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης χωρίς να έχει προχωρήσει και εκδώσει μέχρι και σήμερα η αναθέτουσα αρχή οιαδήποτε σχετική πράξη εκτελεστού χαρακτήρα. Σημειωτέον δε, ότι από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης δεν προκύπτει ότι υφίσταται κατά το στάδιο αυτό οποιαδήποτε πράξη εκτελεστού χαρακτήρα, ώστε να δύναται το Κλιμάκιο να ερμηνεύσει το δικόγραφο ως στρεφόμενο κατά εκτελεστής πράξης. Επισημαίνεται επίσης ότι το γεγονός ότι η επίμαχη προσφυγή δεν συνιστά παραδεκτώς ασκούμενη ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή, καθόσον δεν στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως, δεν εμποδίζει την παρεμβαίνουσα να ασκήσει την κατά νόμον προβλεπόμενη παρέμβαση προς αντίκρουση των αιτιάσεων που προβάλλονται.

20. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ασκηθείσα προεχόντως εκπροθέσμως και σε κάθε περίπτωση κατά μη εκτελεστής διοικητικής πράξης και άνευ εννόμου συμφέροντος, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

**Αριθμός Απόφασης: 92/ 2022**

21. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

22. Επειδή, συνακόλουθα, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την παρέμβαση.
3. Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Ιανουαρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ**

**ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**