

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 5 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.03.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 651/29.03.2021 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «....» που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με υπ' αριθμ. ... Πρόσκληση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο ... ως Αναθέτουσα Αρχή δημοσίευσε Πρόσκληση για τη διεξαγωγή Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τη διαδικασία της απευθείας Διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με περιορισμένο αριθμό συμμετεχόντων, δυνάμει της υπ' αριθμ. ..., η οποία διενεργείται μέσω και με Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... (παλαιό ...) και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 03.03.2021, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΑΣΘΕΝΩΝ ΜΕ COVID-19 ΣΤΟ ...», (CPV: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...), διάρκειας έως την οριστική ποσοτική και ποιοτική παραλαβή του αντικειμένου της Πρόσκλησης, ήτοι τριάντα (30) ημερολογιακές ημέρες από την υπογραφή της, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9<sup>η</sup> Μαρτίου 2021, ημέρα Τρίτη και ώρα 18:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 10<sup>η</sup> Μαρτίου 2021, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την υπό κρίση προσφυγή στις 26.03.2021 με κοινοποίηση στην Α.Ε.Π.Π..

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 22/2021 Πρόσκλησης και επικαλείται ότι σε πλήρη αντίθεση με τις επικαλούμενες από αυτήν διατάξεις του Ν. 4412/2016, είναι παράνομη η προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, ως προς το τμήμα υπ' αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες» και άρα, είναι μη νόμιμη η επιλεγείσα διαδικασία, ενώ ταυτόχρονα τίθενται αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, κατά τρόπο αντίθετο στις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των δυνάμενων να συμμετάσχουν στη διαδικασία οικονομικών φορέων, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ... Πρόσκληση ως προς το τμήμα υπ' αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες», καθώς και οι συναφείς και συμπροσβαλλόμενες αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ..., ήτοι η Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 4<sup>ης</sup>/08.02.2021 έκτακτης Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου, θέμα 1<sup>ο</sup>, (ΑΔΑ: ...) και η Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 6<sup>ης</sup>/19.02.2021 έκτακτης Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου, θέμα 1<sup>ο</sup>, (ΑΔΑ: ...) κατά το μέρος που πλήττονται με την προσφυγή.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.03.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού οκτακοσίων έξι ευρώ και πενήντα λεπτών (806,50 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της πρόσκλησης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 31.03.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 770/29.03.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί

Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε την 29.03.2021 και υπέβαλε στις 09.04.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη πρόσκληση είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η προσφυγή στην απευθείας διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016 ως προς το τμήμα υπ' αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες».

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 26 «Επιλογή των διαδικασιών» (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 32Α του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της Πρόσκλησης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα εταιρεία και η αναθέτουσα αρχή.

15. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 8-24 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη πρόσκληση είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η προσφυγή στην απευθείας διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016 ως προς το τμήμα υπ'

αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες», καθώς όπως ισχυρίζεται στις οικείες σελίδες της προσφυγής της δεν συντρέχουν σωρευτικά οι περιοριστικά απαριθμούμενες στην επίμαχη διάταξη, προϋποθέσεις. Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 13649/08.04.2021 Απόψεων της, κατόπιν παράθεσης του ιστορικού της υπόθεσης, υποστηρίζει ότι: «[...]. Σύμφωνα με την απόφαση που έλαβε το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου κατά την 4η/8-2-2021 [ΑΔΑ:...] έκτακτη συνεδρίασή του, λόγω της συνεχιζόμενης έξαρσης της πανδημίας του κορωνοϊού και των έκτακτων μέτρων που λαμβάνονται για την αντιμετώπιση της πανδημίας και δεδομένου ότι έχουν κινηθεί οι τεχνικές και διοικητικές – οικονομικές διαδικασίες για την αύξηση και λειτουργία των κλινών της Μ.Ε.Θ., εγκρίθηκε η διενέργεια ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, για την προμήθεια και εγκατάσταση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για την εξυπηρέτηση ασθενών με COVID-19 στο ..., στα πλαίσια υλοποίησης της Πράξης «Προμήθεια και εγκατάσταση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για την εξυπηρέτηση ασθενών με COVID-19 στο ...», με κωδικό ... στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «...2014-2020», συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.083.000,00 € με το Φ.Π.Α., με περιορισμένο αριθμό συμμετεχόντων.

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό που αποφάσισε η Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι σύννομη, διότι πρέπει να συντρέχουν αθροιστικά οι τρεις προϋποθέσεις όπως αυτές ορίζονται στην παρ. γ, του άρθρου 32, του Ν. 4412/2016, δεν ευσταθεί διότι:

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 32, του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις χρησιμοποιώντας τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση «στο μέτρο που είναι απολύτως αναγκαίο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να

προβλέπει, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση· οι περιστάσεις τις οποίες επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για τη δικαιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης σε καμία περίπτωση δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη.».

Επίσης στο με αριθμ. πρωτ.: 1867/1-4-2020 έγγραφο της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) με θέμα: «Ειδική Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ως προς τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων που σχετίζονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID- 19- Νεότερες Διευκρινίσεις», και ειδικότερα στις παραγράφους αναφέρεται ότι:

**2.3.1. «Γεγονότα τα οποία η υπόψη αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει»**

Ο αριθμός των ασθενών με COVID-19 που χρήζουν ιατρικής περίθαλψης αυξάνεται καθημερινά και, στα περισσότερα κράτη μέλη, αναμένεται να αυξηθεί περαιτέρω έως ότου επέλθει η κορύφωση. Τα γεγονότα αυτά, και ιδίως η ιδιαίτερη εξέλιξή τους, πρέπει να θεωρηθούν απρόβλεπτα για κάθε αναθέτουσα αρχή. Οι ιδιαίτερες ανάγκες σε νοσοκομεία και άλλα ιδρύματα υγείας που παρέχουν υπηρεσίες περίθαλψης, σε εξοπλισμό ατομικής προστασίας, αναπνευστήρες, πρόσθετες κλίνες, καθώς και σε πρόσθετες υποδομές εντατικής θεραπείας και νοσοκομειακής περίθαλψης, συμπεριλαμβανομένου κάθε είδους τεχνικού εξοπλισμού, δεν θα μπορούσαν ασφαλώς να έχουν προβλεφθεί και προγραμματιστεί εκ των προτέρων, και, ως εκ τούτου, συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός για τις αναθέτουσες αρχές.

**2.3.2. Ο κατεπείγων χαρακτήρας της κατάστασης καθιστά αδύνατη τη συμμόρφωση με τις γενικές προθεσμίες.**

Αναμφισβήτητα, οι άμεσες ανάγκες των νοσοκομείων και των ιδρυμάτων υγείας (προμήθειες, υπηρεσίες και δημόσια έργα) πρέπει να καλυφθούν το ταχύτερο δυνατόν. Το κατά πόσον αυτό καθιστά αδύνατη την τήρηση ακόμη και των πολύ σύντομων προθεσμιών της επισπευσμένης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας (15 και 10 ημέρες αντίστοιχα για την υποβολή των προσφορών) θα πρέπει να αξιολογείται κατά περίπτωση, αλλά αποτελεί υπαρκτή πιθανότητα στην

πλειονότητα των περιπτώσεων, τουλάχιστον σε σχέση με τις σημαντικά αυξημένες βραχυπρόθεσμες ανάγκες, καθώς αυξάνεται η καμπύλη μετάδοσης. Όπως διευκρινίζεται στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, αν γίνεται επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης, η σχετική σύμβαση πρέπει να ανατίθεται χωρίς καθυστέρηση. Η εξαίρεση δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως επιχείρημα για την ανάθεση συμβάσεων για τις οποίες απαιτείται περισσότερος χρόνος απ' ό,τι θα απαιτούνταν αν είχε εφαρμοστεί διαφανής —ανοικτή ή κλειστή— διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης της επισπευσμένης (ανοικτής ή κλειστής) διαδικασίας.

**2.3.3. Αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του απρόβλεπτου συμβάντος και του κατεπείγοντος χαρακτήρα.**

Ως προς την κάλυψη των άμεσων αναγκών των νοσοκομείων και των ιδρυμάτων υγείας σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα, δεν μπορεί ευλόγως να αμφισβητηθεί η αιτιώδης συνάφεια με την πανδημία COVID-19.”,

Στην εξεταζόμενη περίπτωση πληρούνταν σωρευτικά τα ακόλουθα κριτήρια:

α. Γεγονότα τα οποία η υπόψη αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει,

β. Ο κατεπείγων χαρακτήρας της κατάστασης καθιστούσε αδύνατη τη συμμόρφωση με τις γενικές προθεσμίες.

γ. Αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του απρόβλεπτου συμβάντος και του κατεπείγοντος χαρακτήρα, καθώς η έξαρση της επιδημίας του νέου κορονοϊού covid-19 και η ραγδαία ημερήσια αύξηση των κρουσμάτων (από 262 κρούσματα στις 02-02-2021, σε 1070 στις 04-02-2021, σύμφωνα με τα στοιχεία που είναι αναρτημένα στην επίσημη ιστοσελίδα ενημέρωσης για τα μέτρα που λαμβάνονται από την Ελληνική Κυβέρνηση για τον νέο κορονοϊό, <https://covid19.gov.gr/covid19-live-analytics>), αποτελούσαν γεγονότα τα οποία δεν θα μπορούσαν να προβλεφθούν από το Νοσοκομείο μας (Οι εισαγωγές στην Κλινική covid το χρονικό διάστημα από Ιανουάριο έως και Φεβρουάριο 2021 ανήλθαν σε 560 άτομα ενώ στην ΜΕΘ covid εισήχθησαν 9 άτομα), καθιστούσαν επιτακτική την ανάγκη για την άμεση Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τις ανάγκες

των Κλινικών και των Εργαστηρίων στα πλαίσια αντιμετώπισης της πανδημίας covid-19 και διασφάλισης της δημόσιας υγείας και αδύνατη την τήρηση ακόμη και των πολύ σύντομων προθεσμιών της επισπευσμένης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας.

Η ανάγκη προμήθειας των ζητούμενων στην υπ'αριθμ.: 22/2021 πρόσκληση ειδών δεν ήταν μια διαρκής και επαναλαμβανόμενη ανάγκη ούτε ανέκυπτε σε ετήσια βάση ώστε να αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας το οποίο γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια το Νοσοκομείο μας, αλλά προέκυψε εξ αιτίας του αυξανόμενου αριθμού των ασθενών με COVID-19 που έχρηζαν ιατρικής περίθαλψης και της κατεπείγουσας ανάγκης κάλυψης του Νοσοκομείου με τα εν λόγω είδη σε σύντομο χρονικό διάστημα.

*Επί των νομικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος:*

Από τα έγγραφα που τέθηκαν υπόψη (προδικαστική προσφυγή και πρόσκληση) προκύπτει ότι σύμφωνα με την αιτιολογία που εισάγεται από την Αναθέτουσα Αρχή, η επιλογή της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης στηρίχθηκε:

1) Στην έξαρση του αριθμού των νοσούντων με κορωναϊό, ιδίως διότι όπως αναφέρεται ρητά στα έγγραφα της σύμβασης, την 02.02.2021 ο αριθμός των κρουσμάτων ανήλθε σε 262 και την 04.02.2021 σε 1070. Τούτο σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το Νοσοκομείο έχει ορισθεί ως φορέας νοσηλείας επιβεβαιωμένων κρουσμάτων covid-19 με αποτέλεσμα να απαιτείται η ετοιμότητα για την υποδοχή ασθενών, οι οποίοι μπορεί να προέρχονται από οποιοδήποτε μέρος της Επικράτειας αλλά και ότι οι ανάγκες ( ο αριθμός των ασθενών που χρήζουν νοσηλείας) που θα προέκυπταν από την έξαρση του τρίτου κύματος της πανδημίας δεν ήταν εκ των προτέρων γνωστές ούτε ήταν δυνατό να προβλεφθεί εκ των προτέρων η έκταση του φαινομένου, δύναται να συνιστά επαρκή αιτιολογία για την πρώτη προϋπόθεση που τίθεται από τη διάταξη του αρ. 32 παρ. 2 στοιχ. γ', ήτοι της ύπαρξης απρόβλεπτου γεγονότος.

2) στην ανάγκη του Νοσοκομείου να προμηθευθεί άμεσα επιπλέον κλίνες νοσηλείας των ασθενών προκειμένου να αντιμετωπίσει την αθρόα εισαγωγή

ασθενών, που αυξήθηκε κατακόρυφα από την 4-2-2021 και μέχρι σήμερα (σχετ. οι διαδοχικές ΚΥΑ που λαμβάνονται αναφορικά με τα έκτακτα μέτρα προστασίας της δημόσιας υγείας από τον κίνδυνο περαιτέρω διασποράς του covid-19 στο σύνολο της επικράτειας : αριθμ. Δ1α/Γ.Π. οικ.9147/10-2-2021 αριθμ. Δ1α/Γ.Π. οικ.9769/12-2-2021, αριθμ. Δ1α/Γ.Π. οικ.10604/17-2-2021, αριθμ. Δ1α/Γ.Π. οικ.12639/26-2-2021, αριθμ. Δ1α/Γ.Π. οικ. 17698/13-3-2021) Υπό τα μέχρι σήμερα δεδομένα, η υπάρχουσα υποδομή είναι επαρκής για την νοσηλεία συγκεκριμένου αριθμού ασθενών covid-19, σε περίπτωση δε υπέρβασης του εν λόγω αριθμού καθίσταται αδύνατη η εισαγωγή νέων ασθενών, με αποτέλεσμα να δημιουργείται λίστα αναμονής που περιλαμβάνει ανθρώπους οι οποίοι χρήζουν άμεσης νοσηλείας και οι οποίοι λόγω έλλειψης κλινών μεταβαίνουν στις οικίες του με κίνδυνο τη διασπορά του ιού. Η εν λόγω αιτιολογία συνιστά την προϋπόθεση της επείγουσας περίπτωσης της εφαρμοστέας διάταξης.

3) στην αδυναμία άμεσης απόκτησης των απαιτούμενων κλινών νοσηλείας, σε περίπτωση επιλογής της ανοικτής, κλειστής ή ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Ειδικότερα, υπό οποιαδήποτε διαγωνιστική διαδικασία, ακόμη και με σύντμηση των προθεσμιών, ο εκτιμώμενος χρόνος κατακύρωσης της σύμβασης και πραγματοποίησης της προμήθειας υπερβαίνει τις 60 ημέρες, ενώ με την επιλεγείσα διαδικασία, το χρονικό διάστημα για την εκπλήρωση της σύμβασης περιορίζεται στο μισό.

Εν κατακλείδι, το επιχείρημα του προσφεύγοντος που συνδέεται με την απόκτηση κλινών Μονάδας Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ) και Μονάδας Αυξημένης Φροντίδας(ΜΑΦ )από το Νοσοκομείο είναι αβάσιμο, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, με την υπ.αριθμ.22/2021 Πρόσκληση ζητεί κλίνες νοσηλείας και όχι κλίνες ΜΕΘ και ΜΑΦ.

Επισημαίνεται ότι η επιλογή των οικονομικών φορέων στην προκειμένη διαδικασία (αρ.32 Ν.4412/2016) επαφίεται αποκλειστικά στην αναθέτουσα αρχή λόγω της φύσεως της διαδικασίας, ο δε αποκλεισμός άλλων υποψήφιων δεν συνιστά κατάχρηση δικαιώματος ούτε δύναται να ελεχθεί από την απόψη της υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης.

*Κατόπιν των ανωτέρω, κατά τη γνώμη του Νοσοκομείου, η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή κρίνεται αβάσιμη.[...].».*

16. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, που αφορά στη μη σύννομη προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. και ΑΕΠΠ 1078/2018, 1414/2019 και 1415/2019) 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 11<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23<sup>ης</sup> 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 10<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-299/08, ΕΥ: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, 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 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. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).

17. Επειδή, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει δε να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι 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 (εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π.) (πρβλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕλΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕλΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου). Αν 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 2<sup>ας</sup> Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2<sup>ας</sup> Ιουνίου 2005, C-68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40). Κατά συνέπεια, 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 στο νόμο περιπτώσεις. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 17<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 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 από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής

Δημοκρατίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2<sup>ας</sup> Οκτωβρίου 2008, σκ. 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 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, C-549/14, EU:C:2016:634, σκ. 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 2<sup>ας</sup> Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, 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).

18.Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη 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 10<sup>ης</sup> Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58, της 18<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8<sup>ης</sup> Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-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 10<sup>ης</sup> Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2<sup>ας</sup> Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

19.Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή

των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ), 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, με την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης προς τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, αποκλείοντας το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των ανωτέρω λόγων, πράγματι 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, σύμφωνα και με τα αναφερόμενα αναλυτικά τόσο στο με αριθμό πρωτοκόλλου 1867/01.04.2020 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με θέμα: «Ειδική Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ως προς τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων που σχετίζονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID- 19- Νεότερες Διευκρινίσεις», όπως την επικαλείται και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της και την υπ' αριθμ. Α35/2020 Γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., 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. Συγκεκριμένα, όπως ορθά επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, πράγματι υπήρξε αιφνίδια έξαρση της επιδημίας του κορωνοϊού covid-19 και ραγδαία αύξηση των κρουσμάτων, γεγονότα που σαφέστατα εμπίπτουν την έννοια των απρόβλεπτων γεγονότων, τα οποία με τη σειρά τους προκαλούν κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε αυτά, καθιστώντας περαιτέρω επιτακτική την προμήθεια εκ μέρους του Γενικού Νοσοκομείου ... των προς προμήθεια ιατροτεχνολογικών ειδών. Επιπρόσθετα, όπως ορθά υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, η ανάγκη προμήθειας των επίμαχων ειδών δεν ήταν μια διαρκής και επαναλαμβανόμενη ανάγκη ούτε ανέκυπτε σε ετήσια βάση ώστε να αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας, το οποίο γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια η αναθέτουσα αρχή, αλλά προέκυψε εξαιτίας του αυξανόμενου αριθμού των ασθενών με COVID-19 που έχρηζαν ιατρικής

περίθαλψης, γεγονός που καταληκτικά οδήγησε στην κατεπείγουσα ανάγκη κάλυψης της αναθέτουσας αρχής με τα εν λόγω είδη σε σύντομο χρονικό διάστημα. Υπό την έννοια αυτή, οι ανωτέρω συνθήκες, οι οποίες σε κάθε περίπτωση δεν οφείλονταν σε υπαιτιότητα ή αβλεψία της αναθέτουσας αρχής είναι τέτοιες που κατ' αρχήν τα σωρευτικά απαιτούμενα κριτήρια για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ). Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι πράγματι πρόκειται για κλίνες Μονάδας Εντατικής Θεραπείας (ΜΕΘ) και Μονάδες Αυξημένης Φροντίδας (ΜΑΦ) επίσης προβάλλεται αλυσιτελώς, λόγω του ότι τα απαιτούμενα με την υπό κρίση Πρόσκληση είδη είναι κλίνες νοσηλείας και όχι κλίνες ΜΕΘ ή ΜΑΦ.

20.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 (βλ. και ΑΕΠΠ 1414/2019 και 1415/2019). Εξάλλου, όπως ορθά επισημαίνει και η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή, θα μπορούσε να κάνει χρήση της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία ή την κλειστή διαδικασία (βλ. άρθρα 27 και 28 του Ν. 4412/2016), εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, τη βραχύχρονη προθεσμία των δεκαπέντε (15) από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (δεδομένου ότι επρόκειτο για διαγωνιστική διαδικασία με προϋπολογισμό που υπερέβαινε τα κατώτατα όρια του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016 και έτσι, αναγκαστικά θα χαρακτηριζόταν διεθνής) ή δέκα (10) ημερών από την αποστολή της πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών (στην κλειστή διαδικασία) και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει περίπου ίδιους 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. Ειδικότερα, όπως ορθά υποστηρίζει και η προσφεύγουσα και ήδη αναπτύχθηκε εκτενώς ανωτέρω στις σκέψεις 16-18, στις οποίες και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων

επαναλήψεων, η δυνατότητα για μια επισπευσμένη διαδικασία με ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών σε διαδικασία άνω των ορίων, όπως εν προκειμένω, τις 15 ημέρες από τη δημοσίευση της διακήρυξης ή της πρόσκλησης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα άρθρα 27 και 28 του Ν. 4412/2016, παρέχει στις αναθέτουσες αρχές μια αρκετά ταχεία, ασφαλή και διαφανή διαδικασία, η οποία προκρίνεται ως κατ' αρχήν η ενδεδειγμένη και από τις σχετικές ενωσιακές Οδηγίες. 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 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 ή κλειστού 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 26 Φεβρουαρίου 2021 (βλ. στο προοίμιο της επίμαχης πρόσκλησης τα μνημονευόμενα έγγραφα που αναφέρουν τις ενέργειες για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση) και τη δημοσίευση της σχετικής πρόσκλησης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. μόλις στις 3 Μαρτίου 2021, είναι σαφές ότι υπήρχε ικανό χρονικό διάστημα για τήρηση των συντετμημένων προθεσμιών για τις ανοιχτές και κλειστές διαδικασίες και την παράλληλη επίτευξη συνθηκών ευρύτερου ανταγωνισμού. Εφόσον λοιπόν, το κρίσιμο διάστημα για το οποίο η αναθέτουσα έκρινε σκόπιμο να προσφύγει στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), αφορούσε το χρονικό διάστημα από τις 03.02.2021, οπότε και διαπιστώθηκε η αιφνίδια αύξηση των κρουσμάτων covid-19 έως και 03.03.2021, οπότε και δημοσιεύθηκε η επίμαχη

πρόσκληση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., είναι εξαιρετικά αμφίβολο, αν όχι απίθανο, ενόψει των ως άνω εκτεθέντων πραγματικών περιστατικών, ότι θα ήταν πράγματι σε θέση να συμβασιοποιήσει το προς ανάθεση αντικείμενο προμήθειας της οικείας πρόσκλησης προς διαπραγμάτευση, έγκαιρα κατά τις προθέσεις της και τον δικαιολογητικό λόγο εφαρμογής εκ μέρους της, της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Στην ίδια λογική, ήδη, ουδόλως δικαιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, για ποιο λόγο η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, για το τμήμα υπ' αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες» και επομένως η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια προς ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, κατ' αρχήν δεν αμφισβητείται, δεν προσκλήθηκε στην προσβαλλόμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης, όπως προκύπτει και από συνημμένο στην πρόσκληση «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι'» αυτής, όπου αναφέρονται οι οικονομικοί φορείς που προσκλήθηκαν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε να ζητηθούν προσφορές από έτερους οικονομικούς φορείς του αντίστοιχου επαγγελματικού κλάδου. Μειοψήφησε το Μέλος Χ. Ζαράρη « Με την με αρ. 24/2020 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, που αφορά σε διαδικασίες ανάθεσης εν μέσω Covid, αναφερόμενη 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, αγοραστές του δημόσιου τομέα μπορούν να διαπραγματεύονται απευθείας με τους δυνητικούς αναδόχους και δεν ισχύουν απαιτήσεις δημοσίευσης, ούτε προθεσμίες, ούτε ελάχιστος αριθμός υποψηφίων προς διαβούλευση, ούτε άλλες διαδικαστικές απαιτήσεις. Δεν υπάρχουν ρυθμίσεις για διαδικαστικά βήματα σε επίπεδο ΕΕ. 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» ( *ad hoc* Απόφαση ΑΕΠΠ 180/2021 σκ. 32 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη). Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη ότι η ίδια η ΕΕ για λόγους που άπτονται του COVID-19 θεώρησε ότι τυγχάνει εφαρμογής η εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση για λόγους κατεπείγοντος παρότι υφίστανται ήδη και οι συντετμημένες προθεσμίες, κατά τα ως άνω, δεν τίθεται ζήτημα μη πλήρωσης της προϋπόθεσης περί μη δυνατότητας τήρησης των συντετμημένων προθεσμιών. Εξάλλου, παρότι οι εμβολιασμοί διενεργούνται ταχέως δεν αποκλείεται η επιδρομή 4<sup>ου</sup> κύματος. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεση της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης, εφόσον συντρέχουν οι οικείες προϋποθέσεις, αλλά μπορεί απλά να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της. Συνεπώς, όχι απλώς δεν έχει δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί αυτοβούλως υποβαλλόμενες προσφορές, αλλά τουναντίον ευρεία διακριτική ευχέρεια προς κλήση του/των οικονομικών φορέων που επιθυμεί ( ο.π ΑΕΠΠ 180/2021), προσκάλεσε δε πλείονες του ενός οικονομικών φορέων» .

21. Επειδή, συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, δεν προκύπτει ότι 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 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και η εν γένει διαγωνιστική διαδικασία, Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως αβάσιμα τα όσα αναφέρονται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

23.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ... Πρόσκληση ως προς το τμήμα υπ' αριθ. 13 «Εκατόν εξήντα (160) ηλεκτροκίνητες κλίνες».

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού οκτακοσίων έξι ευρώ και πενήντα λεπτών (806,50 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 25 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Ζαράρη**

**Μιχάλης Σοφιανός**