

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.12.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1850/08.12.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Πρόσκληση.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της ως νόμιμη, βάσιμη και αληθινή, να απορριφθεί στο σύνολό της η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Πρόσκληση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 225/2021

1. Επειδή, το ***** ως Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τη με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Πρόσκληση υποβολής προσφορών με προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 26, σε συνδυασμό με το άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» και το άρθρο 48 παρ. του Ν. 4753/2020 (ΦΕΚ Α΄ 227/18.11.2020) «Ζητήματα δημοσίων συμβάσεων για κάλυψη έκτακτων αναγκών σε εξοπλισμό νοσηλείας και παροχή υπηρεσιών», δηλαδή στην κατ' εξαίρεση άμεση ανάθεση με την εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.11.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) *****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την επιλογή αναδόχου για την ανάθεση της «*****», προϋπολογιστικής δαπάνης διακοσίων πενήντα εννέα χιλιάδων εκατόν εξήντα ευρώ (259.160,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 30^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 30^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:30 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής στις 07.12.2020 την υπό κρίση προσφυγή της, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι είναι παράνομη η προσφυγή στη διαδικασία με Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, καθώς και ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της Πρόσκλησης εμποδίζουν αθέμιτα τη συμμετοχή της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 225/2021

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή στο σύνολό της η κρινόμενη προσφυγή, β) να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Πρόσκληση και γ) άλλως να υποβληθούν σχετικά ερωτήματα στους αρμόδιους φορείς Υπουργείο Υγείας, ΕΟΦ, σχετικά με την αδειοδότηση, τις προϋποθέσεις και τους όρους προμήθειας των μονάδων παραγωγής ***** και συναφώς της διανομής του ***** (φαρμακευτικού) ***** από αυτές.

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 27.11.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού χιλίων σαράντα πέντε ευρώ (1.045,00 €) 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 Διακήρυξης 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.

Αριθμός Απόφασης: 225/2021

10. Επειδή, στις 08.12.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος (e-mail), δεδομένου ότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν διεξάγεται μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 14.12.2020 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα (email) στην Α.Ε.Π.Π., δεδομένου ότι ο διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η από 14 Δεκεμβρίου 2020 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη υποβάλλει προσφορά στην εν λόγω διαδικασία. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2176/08.12.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 08.12.2020 και υπέβαλε στις 15.12.2020, 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.

13. Επειδή, αναφορικά με τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως έχει κριθεί παγίως (βλ. μεταξύ άλλων και ΑΕΠΠ 78/2019, 310/2019 και 980/2020), το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος πρέπει να είναι άμεσο, υπό την έννοια ότι πρέπει κατά τον χρόνο άσκησης της

προσφυγής να υφίσταται μία απευθείας σχέση του προσφεύγοντος με την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, ενεστώς υπό την έννοια ότι οφείλει να είναι υπαρκτό τόσο κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής και κατά τον χρόνο συζήτησής της και ως εκ τούτου, η βλάβη που επικαλείται ο προσφεύγων θα πρέπει να υφίσταται σε όλα τα επιμέρους χρονικά στάδια διαπίστωσης της ύπαρξης του εννόμου συμφέροντος, ενώ τέλος, η αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος προϋποθέτει αυτό να είναι και προσωπικό, ήτοι να συντρέχει ειδικός δεσμός ή ειδική σχέση μεταξύ του προσφεύγοντος και της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης. Ειδικότερα, όπως έχει γίνει δεκτό, άνευ εννόμου συμφέροντος προσβάλλεται πράξη, όταν ο αιτών δεν ωφελείται εκ της ευθείας ακυρώσεώς της (βλ. Δημήτριο Θ. Πυργάκη, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 42). Συναφώς, η βλάβη πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Ομοίως, η αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος, ως ενεστώτος, δεν δύναται να αφορά σε ενδεχόμενες εξελίξεις, αλλά οφείλει να θεμελιώνεται υπό βέβαιων περιστατικών που συντρέχουν σε χρόνο ενεστώτα. Για τον λόγο αυτό, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι ενεστώς ή υπαρκτό, να υφίσταται δηλαδή σωρευτικά κατά την τελείωση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης (έκδοση ή δημοσίευση κατά περίπτωση ΟΛΣΤΕ 95/2017), κατά την υποβολή της προσφυγής και κατά τη συζήτησή της (πρβλ. ΣΤΕ 1194/2016 και Πυργάκη, *ό.π.*, σελ. 261 και εκεί περαιτέρω παραπομπές σε εκτενή νομολογία). Συνακόλουθα, ενεστώς είναι το συμφέρον, όταν ερείδεται επί υπαρχούσης ήδη κατά τον χρόνο άσκησης της αίτησης ακύρωσης ή της προδικαστικής προσφυγής, εννόμου καταστάσεως του αιτούντος ή προσφεύγοντος και εφόσον η βλάβη που προκαλείται στον αιτούντα ή προσφεύγοντα από την προσβαλλόμενη πράξη (ή παράλειψη) έχει ήδη επέλθει ή τουλάχιστον παρίσταται λογικώς αναπόφευκτη. Η βλάβη δηλαδή πρέπει να επέρχεται με την έκδοση της πράξης ή αμέσως μετά την έκδοσή αυτής (το συμφέρον δηλαδή δύναται να είναι και αμέσως επικείμενο). Βλάβη που θα επέλθει με βεβαιότητα στο άμεσο μέλλον (αναπόφευκτη βλάβη), καθιστά επίσης

το συμφέρον «ενεστώς». Με άλλα λόγια «ενεστώς» θεωρείται και το συμφέρον που απειλείται με βεβαιότητα στο άμεσο μέλλον. Στην περίπτωση αυτή η βλάβη δεν θεμελιώνεται σε γεγονότα μελλοντικά και ενδεχόμενα (ΣτΕ 522/2020, 338/2004, 2484/2000), αλλά σε καταστάσεις υπαρκτές, οι οποίες λόγω της φύσης τους και κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας θα επιφέρουν αναπόφευκτα βλάβη στο μέλλον. Τον χαρακτήρα του εννόμου συμφέροντος ως ενεστώς δεν αναιρεί το γεγονός ότι η ικανοποίηση του αιτούντος ή του προσφεύγοντος δεν επέρχεται αμέσως από την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, αλλά αναβάλλεται για ορισμένο χρονικό διάστημα για την εκπλήρωση διατυπώσεων επιβαλλόμενων από τον νόμο. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι δεν είναι νοητή η «προληπτική» άσκηση της αίτησης ακύρωσης ή της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Ο μη θιγόμενος σε έννομες σχέσεις του ή στα έννομα αυτού συμφέροντα δεν δικαιούται να ασκήσει αίτηση ακυρώσεως ή προσφυγή ως προληπτικό μέτρο κατά ενδεχόμενων εξελίξεων που ανάγονται στο μέλλον (βλ. Δημήτριο Θ. Πυργάκη, ό.π., σελ. 261 επ.). Η μόνη βλάβη που καθιστά κάποιον ενδιαφερόμενο προς άσκηση προσφυγής, είναι από τις συνέπειες της απόφασης συμπεριλαμβανομένων και παρεπομένων ή αντανακλαστικών και μεικτών συνεπειών της απόφασης και δη από την ακύρωσή της. Εστιάζει, δε, στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία και ισχύει και επί μερικής ακύρωσης (ΣτΕ 1086/2005). Επίσης το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο υπό την έννοια ότι απαιτείται η παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος (πρβλ. ΕλΣυν αποφ. Τμ. Μείζονος Σύνοψης 2826, 1652/2011). Κρίνεται, επομένως, με βάση το σύνδεσμο μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της επικαλούμενης από αυτόν ιδιότητας ή του συγκεκριμένου νομικού του *status*.

14. Επειδή, 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).

15. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσα από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώως, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Γ. Δαγτόγλου, «Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). 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 (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, «Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα», 1998, σελ. 199, Δ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σε αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώως, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97, ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε

μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

16. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ.,

881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.). Εν προκειμένω, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1259/2019), κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση ο οποίος δεν μετέσχε στο διαγωνισμό, διατηρεί το έννομο συμφέρον του για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά της διακήρυξης, μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η διακήρυξη αυτή περιλαμβάνει όρο που αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή ότι την υποβολή εκ μέρους του προσφοράς, έστω με επιφύλαξη, κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προβαλλόμενες πλημμέλειες της διακήρυξης (βλ. ΣΤΕ 4606/2012, 1987/2011, πρβλ. επίσης ΣΤΕ 4039,1650/2009, 2982/2008, επίσης Δ.Ε.Κ. απόφαση της 12-02-2004, C-230/02, Grossmann Air Service, Συλλογή 2004, σελ. I - 1829, σκέψεις 39 και 40).

17. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιοδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, ΕΑ ΣΤΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009).

18. Επειδή, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την

προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, «Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

19.Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, 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, κα). 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.

20.Επειδή, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως 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 ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή η προσφεύγουσα να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη – 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, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣτΕ 1393/2003) στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

21. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, καθώς και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. *Δημήτριος Θ. Πυργάκης*, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

22. Επειδή, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (*Δημήτριος Θ. Πυργάκης*, ό.π.) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

23. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης 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 αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (*Δημήτριος Θ. Πυργάκης*, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

24. Επειδή, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση τις δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007,).

25. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

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

27. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 9-17 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Β. Λόγοι Προσφυγής», «1. Πρώτος λόγος προσφυγής. Μη νόμιμη η επιλογή της διαδικασίας της πρόσκλησης υποβολής προσφορών στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τους όρο 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016 και του άρθρου 48 παρ. 2 του ν. 4753/2020, λόγω μη συνδρομής των σχετικών προϋποθέσεων εφαρμογής τους, άλλως λόγω ελλιπούς άλλως εσφαλμένης αιτιολογίας.», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Πρόσκληση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που για την προκήρυξη του συγκεκριμένου διαγωνισμού επέλεξε να προσφύγει στην όλως εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 48 παρ. 2 του Ν. 4753/2020, χωρίς, ωστόσο, όπως διατείνεται, αφενός να συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις εφαρμογής των συγκεκριμένων νομοθετικών διατάξεων και αφετέρου χωρίς να αιτιολογήσει η αναθέτουσα αρχή, όπως απαιτείται από τις εν λόγω διατάξεις, με ειδικό και

εμπεριστατωμένο τρόπο την επιλογή της αυτή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει αιτιάσεις σε βάρος της επιλογής της αναθέτουσας αρχής να ακολουθήσει το ως άνω νομοθετικό πλαίσιο για τη διεξαγωγή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία επάγεται τη σύντμηση των σχετικών προθεσμιών κατάθεσης και αποσφράγισης προσφορών, καθώς και τη μη τήρηση των απαιτούμενων διατυπώσεων δημοσιότητας που προβλέπονται για τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, στρεφόμενη κατά συγκεκριμένων όρων, όπως αναφέρονται στον οικείο λόγο προσφυγής. Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου 47456/15.12.2020 Απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, αφού πρώτα προβάλλει ότι αυτή είναι στο σύνολό της, απαράδεκτη, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, επί της ουσίας των προβαλλόμενων ισχυρισμών, υποστηρίζει τα ειδικότερα αναφερόμενα στην παρ. 9.2. των απόψεών της, καταλήγοντας ότι δεν τεκμηριώνεται το έννομο συμφέρον της για την προσβολή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη Πρόσκληση, καθώς δεν αποδεικνύει εν τοις πράγμασι οποιοδήποτε γεγονός που να παρακώλυσε ή να εμπόδισε την υποβολή προσφοράς και τη συμμετοχή της στη συγκεκριμένη διαδικασία. Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, επίσης προβάλλει κατ' αρχήν ισχυρισμό περί της έλλειψης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της προσφεύγουσας για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, ενώ ακολούθως, επί της ουσίας των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής, υποστηρίζει τα όσα αναλυτικά αναφέρει υπό «Γ. Επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής», στις σελ. 12-20 της ασκηθείσας παρέμβασης.

28. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. σχετικά *ad hoc* ΑΕΠΠ 1078/2018 και *Μιχάλη Π. Σειραδάκη*,

«ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ», Επιστημονικό Περιοδικό τη Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Έτος 2019 (4), Τεύχος 3-4 (Ιούλιος-Δεκέμβριος), «Η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης κατά το άρθρο 32 παρ. 2, περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα και η τροποποίηση εκτελούμενης σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, λόγω απρόβλεπτων γεγονότων. Σημεία σύγκλισης και ουσιώδεις διαφοροποιήσεις των δύο διατάξεων.», 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^{ης} Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23^{ης} 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/ΕΚ (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^{ης} 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 αποκκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (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.).

29. 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^{ας} Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2^{ας} 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 αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 17^{ης} 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/ΕΚ (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^{ης} Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2^{ας} 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^{ης} 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^ας 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).

30. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/EE 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^{ης} Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58, της 18^{ης} Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8^{ης} 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^{ης} Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2^ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

31.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, θα έπρεπε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα. Όπως λοιπόν, βάσιμα υποστηρίζει τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, το εν λόγω *****, περιλήφθηκε ως Νοσοκομείο Αναφοράς για νοσηλεία κρουσμάτων Covid-19 στην αρμοδιότητα της *****, ενόψει νέων και πολλών κρουσμάτων που θα προκαλούσε το «2^ο κύμα» πανδημίας, μόλις στις 18.08.2020 με απόφαση του ***** και σχετική εντολή του Γενικού Γραμματέα υπηρεσιών υγείας. Εξάλλου, όπως βεβαιώνεται και στην προσβαλλόμενη Πρόσκληση (βλ. παρ. 13 και 15 σελ. 2 αυτής): «*Το γεγονός ότι λόγω της πρωτοφανούς κατάστασης που βιώνουμε με το 2^ο κύμα της πανδημίας Covid-19, η κατανάλωση O₂ έχει υπερδιπλασιαστεί από 75-80 Nm³/h των τελευταίων ετών στα 200 Nm³/h περίπου, με αποτέλεσμα αφενός η πρόβλεψη ετήσιας κατανάλωσης να έχει εκτοξευθεί στα 1.750.000 Nm³ και αφετέρου να αντιμετωπίζουμε καθημερινά προβλήματα ανεπάρκειας, σε βαθμό που να τίθεται **σε σοβαρό κίνδυνο η ζωή και η ασφάλεια των ασθενών.***

[...].

Την υπ' αριθμ. ***** απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου να προχωρήσει, με χρήση των έκτακτων διαδικασιών που προβλέπονται τόσο στο **άρθρο 32 – παρ. 2γ του Ν. 4412/2016** όσο και στις έκτακτες διατάξεις που θεσπίστηκαν, για την αντιμετώπιση των συνεχιζόμενων συνεπειών της πανδημίας του κορωνοϊού Covid-19, και ιδίως τις διατάξεις του **άρθρο 48 – παρ. του Ν. 4753/2020 (ΦΕΚ 227Α')**, στην επείγουσα ανάθεση της

Αριθμός Απόφασης: 225/2021

εγκατάστασης μονάδας παραγωγής αερίου O₂ καθαρότητας 93±3%, λαμβάνοντας υπόψη τις ήδη εγκεκριμένες (με την υπ' αριθ 576/θέμα 3^ο/11.11.2020 απόφαση) τεχνικές προδιαγραφές και με προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών τις τρεις (3) εργάσιμες ημέρες.», είναι σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή, προσέφυγε στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, υπό την πίεση όλως πρωτόγνωρων και επιτακτικών συνθηκών, οι οποίες αναμφισβήτητα εμπίπτουν κατά τα ως άνω εκτεθέντα, στην περίπτωση της κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται αποκλειστικά σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, τα οποία προφανώς καθιστούσαν αδύνατη την τήρηση εκ μέρους της των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαδικασίες (ανοιχτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση του άρθρου 26), ενώ εξίσου σαφέστατα, δεν οφείλονταν σε δική της αβελτηρία. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται έτι περισσότερο από την ίδια τη διατύπωση της παρ. 2 του άρθρου 48 του Ν. 4753/2020, η οποία ορίζει ρητά ότι: «Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 και έως και την 28η.2.2021, διαδικασίες έκτακτης προμήθειας ειδικού νοσοκομειακού εξοπλισμού για θεραπεία και νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού που ενδέχεται να χρήζουν νοσηλείας σε ΜΕΘ, σε ΜΑΦ ή σε δημόσιες δομές υγείας μπορούν να διενεργούνται από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας ή να ανατίθενται από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του ***** , κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, πλην αυτών που ενσωματώνουν ενωσιακό δίκαιο. Η **** ή η οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας απευθύνει πρόσκληση για απευθείας αγορά ειδικού νοσοκομειακού εξοπλισμού και υπηρεσιών προς τον σκοπό της κάλυψης της ανωτέρω έκτακτης ανάγκης. Ο ειδικός νοσοκομειακός εξοπλισμός που εμπίπτει στη διαδικασία προμήθειας του παρόντος ενόψει της ενεστώσας έκτακτης ανάγκης δημόσιας υγείας είναι αναπνευστήρες, κλίνες νοσηλείας, εξοπλισμός κλινών, μόνιτορ ζωτικών ενδείξεων, κλειστά κυκλώματα

αναρρόφησης και αναγκαία ιατροτεχνολογικά προϊόντα συνοδά προς τη λειτουργία αναπνευστήρων.

Η σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών των προϊόντων ανατίθεται από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας σε ειδική επιτροπή αποτελούμενη από επιστήμονες. Η πρόσκληση αναρτάται μέσω της ιστοσελίδας της ΕΚΑΠΥ ή οποιασδήποτε αναθέτουσας αρχής αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και δύναται να απευθύνεται σε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης του ανωτέρω εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών. Οι συμβάσεις συνάπτονται με σκοπό την αγορά ικανών ποσοτήτων με κριτήριο χαμηλότερης τιμής μεταξύ των άμεσα διαθέσιμων προϊόντων ή και υπηρεσιών κατά παρέκκλιση της υποπαρ. 1.1.3 του άρθρου 25 του ν. 4472/2017.», καθιστώντας εκ προοιμίου τις συνθήκες αντιμετώπισης του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 έως και τις 28.02.2021, πέραν πάσης αμφιβολίας κατεπείγουσα ανάγκη, υπό την έννοια, ότι ο επίμαχος διαγωνισμός για την ανάθεση σύμβασης για την εγκατάσταση μονάδας παραγωγής αερίου O₂ καθαρότητας 93±3%, δυναμικότητας 2X50 m³/h, για την αντιμετώπιση των έκτακτων αναγκών του νοσοκομείου λόγω της πανδημίας Covid-19, ακόμα και αν δεν εμπίπτει στην περιπτώσιολογία του διαδικασιών έκτακτης προμήθειας ειδικού νοσοκομειακού εξοπλισμού για θεραπεία και νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού που ενδέχεται να χρήζουν νοσηλείας σε ΜΕΘ, σε ΜΑΦ ή σε δημόσιες δομές υγείας, με βάση τα οριζόμενα στο ως άνω άρθρο του Ν. 4753/2020, εντούτοις πληροί έστω και αυτοτελώς, τις περιοριστικά απαριθμούμενες και σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ'. Ειδικά, αφ' ης στιγμής, μετά τις 18.08.2020, σύμφωνα με το ιστορικό που παραθέτει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή και δεν αμφισβητεί ούτε η προσφεύγουσα, δημιουργήθηκε Μονάδα Covid-19 δυναμικότητας 220 κλινών (από τις οποίες αρκετές αφορούν σε ασθενείς που χρήζουν αυξημένη φροντίδα) και ακόμη είτε διατέθηκαν είτε δημιουργήθηκαν 43 κλίνες Μονάδας Εντατικής Θεραπείας (Μ.Ε.Θ.), ακριβώς για την αντιμετώπιση των βαρύτερα ασθενούντων από τη νόσο του κορωνοϊού.

Αριθμός Απόφασης: 225/2021

Συνεπεία των ανωτέρω, ήταν η πληρότητα τόσο της ειδικής Μονάδας όσο και της Μ.Ε.Θ. να φτάσει κατά διαστήματα το 100% και ως εκ τούτου, οι ανάγκες για χορήγηση ***** αυξήθηκαν υπέρμετρα. Τα αυτά αποτυπώθηκαν και στο με αριθμό πρωτοκόλλου ***** από 24.11/2020 έγγραφο του Διευθυντή τεχνικών υπηρεσιών του Νοσοκομείου, το οποίο απευθυνόταν στο Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής και στον γενικό Διευθυντή αυτού (βλ. και από 25.11.2020 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό Συνεδρίασης 577, θέμα 21^ο). Ως εκ περισσού τονίζεται ότι όπως βάσιμα αναφέρει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, το **** δεν είχε περιληφθεί μεταξύ των ***** για την αντιμετώπιση των κρουσμάτων του Covid-19, αλλά αυτό συνέβη μόλις στις 18.08.2020, σύμφωνα και με τα ως άνω διαλαμβανόμενα. Σε συνέχεια των ανωτέρω, οι συντάκτες της απόφασης που κατέταξε την αναθέτουσα αρχή στα νοσοκομεία αναφοράς, δεν ήταν δυνατόν, ενόψει και της θετικής εξέλιξης της πανδημίας του θερινούς μήνες, να προσδιορίσουν με ακρίβεια τις ανάγκες των νοσοκομείων σε παντοειδή υλικά, φάρμακα, παραϊατρικά προϊόντα, αλλά ακόμα και αριθμό προσωπικού για το αναμενόμενο αορίστως, πλην βέβαια επερχόμενο, αλλά αγνώστου εντάσεως και δυναμικότητας δεύτερου κύματος της πανδημίας. Συνεπώς, οι ανάγκες όλων των ανωτέρω ήταν δυναμικά εξελισσόμενες και επομένως σε αρκετές περιπτώσεις καθίστατο αδύνατο να υπάρξουν ασφαλείς προβλέψεις, με τις όποιες λύσεις να δίνονται μόνο με βραχυπρόθεσμο ορίζοντα, βασιζόμενες αποκλειστικά σε εντελώς στιγμιαία δεδομένα. Ωστόσο, έχει καταστεί κοινός τόπος ότι μεταξύ άλλων εξαιρετικά βασικών αναγκών, ιδιαίτερα αυξημένη εμφανίζεται η κατανάλωση ***** , η οποία αναμενόταν να αυξηθεί έτι περισσότερο, αφού η συγκεκριμένη νόσος προσβάλλει κυρίως το αναπνευστικό ανθρώπινο σύστημα. Όλα τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά, συνηγορούν υπέρ της νόμιμης προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, σύμφωνα και με τα λοιπά αναφερόμενα στις υποβληθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, καθώς διαπιστώθηκε κατά την κρίση του Κλιμακίου, αφενός η κατεπείγουσα ανάγκη του ***** , δυναμικότητας 2Χ50 m³/h, η οποία σαφώς οφειλόταν σε γεγονότα απρόβλεπτα που καθιστούσαν

απαγορευτική την τήρηση των προθεσμιών, έστω και συντετμημένων, που προβλέπονται για τις συνήθεις διαδικασίες ανάθεσης, ενώ επίσης, προέκυψε ότι οι ανωτέρω περιστάσεις δεν είχαν καθ' οιονδήποτε τρόπο προκύψει ή επιταθεί με ευθύνη της αναθέτουσας, αρχής, υπό την έννοια ότι δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι ενεργώντας η αναθέτουσα αρχή με μέσα άκρας σύνεσης και επιμέλειας, θα μπορούσε εγκαίρως να είχε αποτρέψει την επέλευση των ανωτέρω περιστάσεων.

32. Επειδή, έτι περαιτέρω, ενόψει των εκατέρωθεν υποστηριζόμενων, προέκυψε και εξάλλου, ούτε και η ίδια η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε κάτι διαφορετικό, ότι η τελευταία δεν δραστηριοποιείται στον τομέα της κατασκευής και εμπορίας μονάδων παραγωγής (γεννήτριες) *****, που αποτελούν το αντικείμενο της διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά μόνο στην προμήθεια έτοιμου *****, και ως εκ τούτου, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της λόγοι για την ακύρωση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος (βλ. σχετικά *ad hoc* ΑΕΠΠ 1029/2020, σκέψη 32 με Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή). Τα αυτά δε κρίθηκαν *ad hoc* από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1154/2019 του 6^{ου} Κλιμακίου με Εισηγήτρια Μ. Κανάβα και ΑΕΠΠ 135-136/2020 του 3^{ου} Κλιμακίου με Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, αλλά και ΔεφΠειρ Ν122/2019), όπου και πάλι δεν αναγνωρίστηκε παντάπασιν έννομο συμφέρον στην προσφεύγουσα να στραφεί κατά των όρων διεξαγωγής της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας δεδομένου ότι από το σύνολο των στοιχείων της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, δεν αναφέρει η προσφεύγουσα ούτε και προκύπτει, ποια είναι η συγκεκριμένη, υπό την προεκτεθείσα έννοια, βλάβη της από την προβαλλόμενη πλημμέλεια της υπό κρίση Πρόσκλησης, καθώς δεν προσδιορίζονται εκ μέρους της προσφεύγουσας τα συγκεκριμένα εκείνα στοιχεία που απαιτούνται, ώστε να δύναται να κριθεί ότι ενόψει συγκεκριμένων επικαλούμενων και προβαλλόμενων ισχυρισμών καθίσταται εν τέλει ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπλέον, όπως ήδη ειπώθηκε και ανωτέρω και συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, δεν διαθέτει ούτε εμπορεύεται τα δημοπρατούμενα είδη, με

συνέπεια να μην δύναται ούτως ή άλλως εκ προοιμίου να λάβει μέρος στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια και εγκατάσταση μονάδος παραγωγής ***** (ΔΕφΠειραιά Ν122/2019). Και τούτο διότι, όπως η ίδια ρητά δηλώνει το αντικείμενο στο οποίο δραστηριοποιείται είναι η προμήθεια έτοιμου ***** , το οποίου όμως δεν αποτελεί το δημοπρατούμενο αντικείμενο (ΕΑ ΣΤΕ 86/2018). Άλλωστε, ο ισχυρισμός που προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι η δημοπράτηση της εγκατάστασης μονάδων παραγωγής ***** από αναθέτουσες αρχές μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών, όπως η επίμαχη, επιφέρει τεράστια οικονομική ζημία σε αυτήν, ως δραστηριοποιούμενη στην αγορά προμήθειας έτοιμου ***** , διότι αφανίζεται από την οικεία αγορά, ουδόλως αποδείχθηκε και ως εκ τούτου, δεν επαρκεί για την θεμελίωση της βλάβης της καθότι, όπως ορθώς ισχυρίζονται αμφότερες η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, το δημοπρατούμενο αντικείμενο αφορά μόνον στην κύρια γραμμή παραγωγής ***** και όχι στην δευτερεύουσα και την εφεδρική πηγή αυτού, για τις οποίες εξακολουθεί να υφίσταται η ανάγκη προμήθειας έτοιμου ***** από τα νοσοκομεία με την προκήρυξη των αντίστοιχων διαγωνιστικών διαδικασιών. Το ανωτέρω επιχείρημα άλλωστε της προσφεύγουσας καταρρίπτεται άνευ άλλου τινός και με τη ρητή αναφορά που γίνεται σχετικά στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής όπου αναφέρεται στην παρ. 9.5. αυτών: *«Επειδή, εξάλλου είναι γνωστό ότι η προσφεύγουσα εταιρεία δεν δραστηριοποιείται όπως ήδη αναφέραμε ανωτέρω (παρ. 9.2.), στην εμπορία αεροσυμπιεστών παραγωγής *****; η συμμετοχή της στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία της ήταν αδιάφορη μπροστά στο όφελος που αποκομίζει από την εμπορία του ***** . Τούτο εμμέσως πλην σαφώς, άλλωστε, συνομολογείται από την ίδια την προσφεύγουσα στην παράγραφο 2.2. της προσφυγής της (σελ. 19 παρ. Β), όπου προσπαθεί να θεμελιώσει έννομο συμφέρον για τον 2^ο λόγο της προσφυγής της. εξάλλου, με δεδομένου ότι για λόγους ασφαλείας θα πρέπει να υπάρχουν 3 πηγές, 3 εναλλακτικές μέθοδοι παροχής-προμήθειας ***** ώστε να μην υπάρξει έλλειψη στο Νοσοκομείο και τότε κινδυνεύσουν πραγματικά ασθενείς (υγροποιημένο *****; εμφιαλωμένο σε μεγάλες τύπου οβίδας δεξαμενές και οι ζητούμενες γεννήτριες), δεν θα πάψει η*

προσφεύγουσα να αποτελεί προμηθευτή του Νοσοκομείου όσον αφορά στο υγρό και στο εμφιαλωμένο αέριο.» Κατόπιν των ανωτέρω γενόμενων παραδοχών, στο μέτρο που η προσφεύγουσα με τους προβαλλόμενους από αυτήν λόγους προσφυγής, επιδιώκει χωρίς την επίκληση βλάβης της και υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης της σκοπιμότητας και της νομιμότητας της προκηρυχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, να προδιαγράψει κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει με βάση τις δικές της δυνατότητες τις τεχνικές προδιαγραφές αυτών, οι ισχυρισμοί της προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και ως εκ τούτου απορρίπτονται ως απαράδεκτοι (ΕΑ ΣτΕ 307/2007, Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Κατά συνέπεια, ενόψει όων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και ως εκ τούτου, κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

33. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 17-26 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Β. Λόγοι Προσφυγής», «2. 2ος λόγος προσφυγής. Μη νόμιμη η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει όρο στη Διακήρυξη περί υποχρεωτικής κατοχής από το Νοσοκομείο ή περί υποχρεωτικής προσκομιδής από τους υποψηφίους άδειας κυκλοφορίας και άδειας παραγωγής (σε αντίθεση με τα άρθρα άρ. 2, 7 παρ. 1 και 57 παρ. 1 και 2 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013) και διαφοροποίησης των δικαιολογητικών που θα πρέπει να προσκομίσουν οι προμηθευτές συγκροτημάτων παραγωγής ***** έναντι των προμηθευτών του έτοιμου ***** (παραβίαση της αρχής της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε δημόσιο διαγωνισμό).», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Πρόσκληση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που στο Παράρτημα Α΄ «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ*****» της διακήρυξης (σελ. 4-12) αναφέρονται τα πιστοποιητικά και άδειες που

οφείλουν να προσκομίσουν οι υποψήφιοι προμηθευτές στο διαγωνισμό, ωστόσο παρόλο που αντικείμενο της προκηρυχθείσας διαδικασίας και τελικό ζητούμενο είναι *****, το οποίο αποτελεί φάρμακο, δεν υπάρχει καμία απολύτως αναφορά στο κείμενο της Πρόσκλησης είτε ότι το Νοσοκομείο διαθέτει τις απαιτούμενες άδειες και πιστοποιήσεις από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (*****) (άδεια κυκλοφορίας, άδεια παραγωγής) του ***** *****, το οποίο αποτελεί φάρμακο ούτε ότι τις εν λόγω άδειες και πιστοποιήσεις οφείλουν να διαθέτουν οι υποψήφιοι προμηθευτές. Ειδικότερα, στο ως άνω Παράρτημα Α΄ της διακήρυξης (σελ. 4) αναφέρεται μόνο ότι οι υποψήφιοι οφείλουν να διαθέτουν τις κάτωθι άδειες και πιστοποιήσεις, στις οποίες δεν συμπεριλαμβάνεται ούτε η άδεια κυκλοφορίας ούτε η άδεια παραγωγής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι σε καμία από τις αναφερόμενες από αυτή διατάξεις της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης, αλλά ούτε και από το σύνολο αυτής προκύπτει είτε ότι το Νοσοκομείο (ως παραγωγός) διαθέτει άδεια παραγωγής και άδεια κυκλοφορίας του ***** ***** (φαρμάκου) που θα παράγεται από τη γεννήτρια παραγωγής *****, την οποία κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν διαθέτει, ούτε ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να προσκομίσουν τις εν λόγω άδειες και πιστοποιήσεις και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους. Κατά την προσφεύγουσα δε, η ανωτέρω παράλειψη της Πρόσκλησης είναι αντίθετη με τα άρθρα 2, 7 παρ. 1 και 57 παρ. 1 και 2 της Υ.Α. Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄ 1049/29.04.2013), «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας προς την αντίστοιχη νομοθεσία της Ε.Ε. στον τομέα της παραγωγής και της κυκλοφορίας φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 2001/83/ΕΚ Οδηγία «περί κοινοτικού κώδικα για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση» (L 311/28.11.2001), όπως ισχύει και όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2011/62/ΕΕ, όσον αφορά την πρόληψη της εισόδου ψευδεπίγραφων φαρμάκων στη νόμιμη αλυσίδα εφοδιασμού (L 174/1.7.2011)», σε συνδυασμό με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, υποστηρίζει τα ειδικότερα αναφερόμενα στην παρ. 9.3. των απόψεών της, καταλήγοντας ότι και πάλι η προσφεύγουσα

δεν τεκμηριώνει το έννομο συμφέρον της για την προσβολή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη Πρόσκληση, ενώ εάν πράγματι διέθετε τα προς προμήθεια προϊόντα, μπορούσε ακώλυτα να μετάσχει στην προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία. Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει τα όσα αναλυτικά αναφέρει υπό «Γ. Επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής», στις σελ. 12-20 της ασκηθείσας παρέμβασης.

34. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, σχετικά με τις ελλείπουσες άδειες κυκλοφορίας και παραγωγής *****, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζουν αμφότερες τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός βασίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση αφενός δεδομένου ότι ο συμπιεστής παραγωγής ***** (γεννήτρια) δεν είναι ο ίδιος φάρμακο, ώστε να απαιτείται προηγούμενη άδεια κυκλοφορίας του, ενώ η άδεια παραγωγής ***** αφορά την ενέργεια που προέρχεται από τη λειτουργία του συμπιεστή, η παραγωγή του οποίου γίνεται αποκλειστικά για ίδια χρήση από το Νοσοκομείο και δεν αποτελεί εμπορεύσιμο προϊόν. Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει ήδη κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (ΑΕΠΠ 1154/2019) και αυτός ο λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, καθώς δεν συνεπάγεται αδυναμία της προσφεύγουσας να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ανωτέρω και σκέψη 32 της παρούσας). Ομοίως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1029/2020 σκέψη 32, όπου κρίθηκε ότι: *«...απαραδέκτως η προσφεύγουσα, χωρίς να επικαλείται συγκεκριμένη εφαρμοστέα εν προκειμένω διάταξη νόμου, ισχυρίζεται ότι εφόσον η ίδια που παράγει με σκοπό μεταπώλησης και εμπορεύεται στην αγορά ***** είναι υποχρεωμένη να κατέχει συγκεκριμένες αδειοδοτήσεις, επομένως τις ίδιες ακριβώς αδειοδοτήσεις οφείλει να προβλέψει η διακήρυξη και για το Νοσοκομείο το οποίο όμως δεν πρόκειται να παράγει ***** με σκοπό την εμπορική του*

διακίνηση αλλά και για τους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι όμως ούτε παράγουν ούτε εμπορεύονται ***** αλλά μονάδες παραγωγής *****. Ειρήσθω δε ότι όλως αντιθέτως εάν η διακήρυξη περιείχε τέτοιο όρο τότε θα ήταν ελεγκτέως ως μη ανάλογος με το αντικείμενο της προμήθειας. Συνεπώς, απαραδέκτως η προσφεύγουσα επικαλείται την αρχή της ίσης μεταχείρισης καθόσον τούτο προϋποθέτει την άνιση μεταχείριση όμοιων καταστάσεων ενώ, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα η οποία παράγει και εμπορεύεται στην αγορά ήτοι πωλεί σε τρίτους έτοιμο ***** δεν εξισώνεται ως προς θεσμικό πλαίσιο με το Νοσοκομείο που θα παράγει το ίδιο προϊόν μόνο του για δικό του λογαριασμό, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν εξισώνεται ως προς το θεσμικό πλαίσιο των απαιτούμενων αδειοδοτήσεων ούτε με τους προμηθευτές μονάδων παραγωγής *****; ούτε οι εκ του νόμου πιστοποιήσεις των μονάδων παραγωγής ***** (απτού αντικειμένου) ταυτίζονται με τις πιστοποιήσεις και άδειες του παραγωγού του είδους ***** (επιχείρηση), όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, και από τις επικαλούμενες στην προσφυγή διατάξεις του νόμου, προκύπτει ότι αυτές εφαρμόζονται αφορούν και καταλαμβάνουν όσους παράγουν ***** και το διαθέτουν (=πωλούν) στην αγορά, και όχι όσους πωλούν στην αγορά μονάδες παραγωγής (γεννήτριες) ***** . Για τους λόγους αυτούς είναι अपараδέκτος άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος και απορριπτέος ο πρώτος λόγος της προσφυγής. Επί πλέον, είναι απορριπτέοι και όλοι οι ισχυρισμοί του πρώτου λόγου της προσφυγής ότι η διακήρυξη είναι ακυρωτέα διότι δεν προέβλεψε ότι το Νοσοκομείο και οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να κατέχουν αδειοδοτήσεις του **** σχετικά με την εμπορική διακίνηση έτοιμου ***** . Και τούτο δεδομένου ότι αλυσιτελώς στηρίζεται στην διπλή εσφαλμένη προϋπόθεση ότι το υπό προμήθεια είδος είναι το έτοιμο ***** και ότι το Νοσοκομείο και οι διαγωνιζόμενοι εμπορεύονται έτοιμο ***** (quod non). Συγκεκριμένα, απαραδέκτως αβασίμως και χωρίς έρεισμα στον νόμο -τον οποίο αλυσιτελώς επικαλείται- η προσφεύγουσα φέρεται να ισχυρίζεται ότι η υλική πράξη της χορήγησης φαρμάκου-***** σε ασθενή στα πλαίσια της νοσηλείας του αποτελεί εμπορική διακίνηση του φαρμάκου από το νοσοκομείο

προς τον ασθενή. Ο ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθόσον ίδια το Νοσοκομείο δεν πωλεί μεμονωμένα φάρμακα στους μεμονωμένους ασθενείς που περιθάλλπει, και μάλιστα δεν προβαίνει ούτε σε λιανική ούτε σε χονδρική πώληση φαρμάκων ούτε προς τους ασθενείς ούτε προς ουδένα (βλ. έννοια κλειστού νοσηλίου στην επίσημη ηλεκτρονική σελίδα του *****). Σε κάθε δε περίπτωση είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι παρανόμως σε παράβαση της φαρμακευτικής και υγειονομικής νομοθεσίας το Νοσοκομείο θα λειτουργεί μελλοντικά την υπό προμήθεια μονάδα παραγωγής *****, και θα παράγει τελικό προϊόν φάρμακο ***** ***** το οποίο δεν θα πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου και θα είναι ακατάλληλο για χορήγηση στους ασθενείς και δη στους ασθενείς με COVID, και μάλιστα με κινδύνους ανάφλεξης και πυρκαγιάς, και με προσμείξεις τις οποίες οφείλει να ελέγχει ο θεράπων ιατρός και ο φαρμακοποιός του Νοσοκομείου, και να τροποποιούν τις θεραπείες των ασθενών, και με κινδύνους ασυμβατότητας του εσωτερικού δικτύου διανομής του ***** από τις δεξαμενές του Νοσοκομείου μέχρι τις κλίνες των ασθενών, καθώς και ασυμβατότητας των υφισταμένων μηχανημάτων οξυγόνωσης με το ***** που θα παραχθεί, αλλά και με απαγορευμένη ανάμειξη του έτοιμου ***** ***** που προμηθεύει η προσφεύγουσα με το ***** ***** που θα παραχθεί από το Νοσοκομείο. Οι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι διότι δεν συσχετίζονται με την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία προμήθειας του συγκεκριμένου αντικειμένου γεννήτρια *****, αλλά με τους όρους, συνθήκες περιστάσεις και τρόπους λειτουργίας της υπό προμήθεια γεννήτριας ***** από τη αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο που όχι μόνο έπεται του παρόντος διαγωνιστικού σταδίου εφ' ού μόνου έχει αρμοδιότητα η ΑΕΠΠ, αλλά έπεται και του σταδίου της εκτέλεσης της σύμβασης που θα συναφθεί, και αναφέρεται στο στάδιο της λειτουργίας του υπό προμήθεια είδους από το Νοσοκομείο. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αμφισβητεί την νομιμότητα λειτουργίας του Νοσοκομείου αυτού καθ' εαυτού, το οποίο εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ. Εξ άλλου άπαντες οι ισχυρισμοί κατατείνουν στην ευδοκίμηση του ισχυρισμού ότι μόνον το διατιθέμενο υπευθύνως από τον παραγωγό έτοιμο ***** ***** παραμένει προκρίτεο ενώ το μέλλον να παραχθεί

από το Νοσοκομείο είναι απορριπτέο (βλ. πρώτος λόγος της προσφυγής). Όμως παραμένουν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι περαιτέρω απαράδεκτοι καθόσον συσχετίζονται με την σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή της προμήθειας έτοιμου ***** ή μονάδας παραγωγής ***** και για τον λόγο αυτό είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος και ο σχετικός δεύτερος λόγος της προσφυγής. Επίσης, είναι απορριπτέος ο τρίτος λόγος της προσφυγής καθόσον βασίζεται εξ ολοκλήρου επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι το υπό προμήθεια είδος είναι έτοιμο ***** . Περαιτέρω, δεν αναφέρεται ούτε πάντως προκύπτει από τον νόμο, ο νόμιμος εκείνος λόγος για τον οποίο το Νοσοκομείο φέρεται στην προσφυγή, ότι έπρεπε να προκηρύξει ένα και μόνο διαγωνισμό τόσο για την προμήθεια έτοιμου ***** όσο και για την προμήθεια μονάδας παραγωγής ***** και εν συνεχεία να συγκρίνει μεταξύ τους τα ανόμοια αυτά είδη και να αποφασίσει να προμηθευτεί το ένα ή το άλλο. [...]». Αντίστοιχη κρίση περιέλαβε και η υπ' αριθμ. 1346/2019 Απόφαση του 1^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., επί συναφούς αντικειμένου με την νυν εξεταζόμενη προσφυγή, όπου κρίθηκε ότι: «...τα δημόσια νοσηλευτικά ιδρύματα έχουν τη δυνατότητα προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος τροφοδοσίας ***** με μονάδα παραγωγής ***** για ίδια ιατρική χρήση, *in situ*, για την αποκλειστική κάλυψη αναγκών του ίδιου ιδρύματος και ως εκ τούτου δεν απαιτείται, [...], άδεια κυκλοφορίας του ****, ήτοι ειδική άδεια σχετιζόμενη με την κυκλοφορία του φαρμακευτικού προϊόντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.». Εξάλλου, τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το θεσμικό πλαίσιο που παραθέτει η παρεμβαίνουσα, δυνάμει του οποίου προκύπτει ότι όταν το παραγόμενο ***** δεν διατίθεται κατά τα ανωτέρω, στο εμπόριο, δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι επικαλούμενοι από την προσφεύγουσα κανόνες και οι σχετικές αδειοδοτήσεις. Τα τελευταία εφαρμόζονται, όπως βάσιμα διατείνονται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, αποκλειστικά και μόνο στην παραγωγή και διακίνηση έτοιμου ***** , οι οποίες ωστόσο δεν αποτελούν αντικείμενο της προκηρυχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπλέον, κατέστη σαφές ότι τα νοσηλευτικά ιδρύματα έχουν τη δυνατότητα προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος τροφοδοσίας ***** , με μονάδα παραγωγής ***** για

ιατρική χρήση, όπως εν προκειμένω, χωρίς να απαιτείται η απόκτηση προηγούμενης ειδικής άδειας από τον *****. Η ίδια κρίση έχει αποτελέσει αντικείμενο σειράς αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 387/2020, 1074/2020, 1346/2019, 1154/2019, 697/2019), αλλά και των Διοικητικών Δικαστηρίων (βλ. ΔΕφΘεσσαλ 39/2020, όπου σε όμοια υπόθεση κρίθηκε ότι: *«Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η αιτούσα είναι τρίτη σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον δεν ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον ένδικο διαγωνισμό με το συγκεκριμένο αντικείμενο και να διεκδικήσει την ανάθεση της προμήθειας, η οποία αφορά σε μονάδες παραγωγής ***** και όχι στο έτοιμο ***** που αποτελεί αντικείμενο της δραστηριότητάς της, ούτε συντρέχει περίπτωση αδυναμίας συμμετοχής της στον ένδικο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος, ουδόλως δε τίθεται ζήτημα προκήρυξης νέου διαγωνισμού με όμοιο αντικείμενο. Αντίθετα, από την εκτίμηση του δικογράφου της κρινόμενης αίτησης φαίνεται ότι η αιτούσα προσβάλλει τη διαγωνιστική διαδικασία κατά το αντικείμενό της, όπως καθορίστηκε με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου και προσδιορίζεται στην ένδικη διακήρυξη, αποβλέποντας στην προκήρυξη ενός διαγωνισμού με διαφορετικό αντικείμενο, ήτοι με αντικείμενο την προμήθεια έτοιμου *****». Συνεπώς, η κρινόμενη αίτηση, ασκηθείσα ως αίτηση αναστολής κατ' άρθρο 372 του ν. 4412/2016, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη. [...]».*). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

35. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον τρίτο και τελευταίο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 26-32 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Β. Λόγοι Προσφυγής», «3. 3ος λόγος προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν δεν γίνει δεκτός ο 2ος λόγος της προσφυγής μας (εκδοχή την οποία ρητώς αποκρούουμε) μη νόμιμοι οι όροι της

Διακήρυξης περί ανάμιξης στο ίδιο δίκτυο φαρμακευτικού ***** που παράγεται από τη γεννήτρια παραγωγής ***** και έτοιμου φαρμακευτικού ***** σε δεξαμενή ή φιάλες, καθώς και περί μη διενέργειας ελέγχου σκοπιμότητας και ελέγχου νομιμότητας στα μηχανήματα και συστήματα οξυγόνωσης του Νοσοκομείου, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι πράγματι το εν λόγω Νοσοκομείο δύναται να προμηθευτεί με γεννήτρια (συγκρότημα) παραγωγής ***** ή όχι. Διαφορετικά παραβιάζονται οι διατάξεις για την προστασία της δημόσιας υγείας (άρ. 21 Σ.), ιδίως ενόψει του COVID-19, αλλά και βάσει των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας σχετικά με τους σκοπούς των ***** σε συνδυασμό με τις διατάξεις περί διακίνησης φαρμάκων (ως αναφέρονται στον 2ο λόγο προσφυγής) και σε συνδυασμό με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς και τις διατάξεις του ν. 4412/2016, καθώς δεν διασφαλίζεται η δυνατότητα απρόσκοπτης παροχής φαρμακευτικού ***** στους ασθενείς χωρίς κινδύνους.», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Πρόσκληση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, δεδομένου ότι προκειμένου να προμηθευτεί ένα νοσοκομείο με γεννήτρια παραγωγής ***** , οφείλει να έχει προβεί σε ορισμένους ελέγχους, σε σχέση με τα μηχανήματα και τα δίκτυα διανομής ***** που ήδη διαθέτει, ενώ παράλληλα, οφείλει να προβεί σε όλες εκείνες τις απαιτούμενες ενέργειες που διασφαλίζουν ότι σε περίπτωση που δεν υπάρχει η δυνατότητα τροφοδοσίας των ασθενών με φαρμακευτικό ***** από τη γεννήτρια ***** , ότι θα μπορεί νομίμως και απρόσκοπτα το Νοσοκομείο να τροφοδοτείται με έτοιμο ***** ***** . Προσέτι, εξακολουθεί η προσφεύγουσα, για να γίνει αυτό θα πρέπει να έχουν προηγηθεί, αλλά και να τηρούνται ορισμένες προδιαγραφές, όπως αναλυτικά εκθέτει στον οικείο λόγο προσφυγής, διαφορετικά, δεν διασφαλίζεται η προστασία της δημόσιας υγείας. Ειδικότερα, από τους όρους επικαλούμενους από την προσφεύγουσα όρους της επίμαχης Πρόσκλησης, προκύπτει κατά την ίδια ότι: α) Δεν έχει προηγηθεί κανένας έλεγχος σκοπιμότητας και κανένας έλεγχος στα μηχανήματα οξυγόνωσης του Νοσοκομείου (και ιδίως στα μηχανήματα εντός των Μονάδων Εντατικής Θεραπείας) από τον οποίο να προκύπτει ότι πράγματι το συγκεκριμένο νοσοκομείο με τα συγκεκριμένα μηχανήματα οξυγόνωσης μπορεί να

προμηθευτεί ***** από γεννήτρια παροχής ***** διαφορετικής ποιότητας από το μέχρι τώρα χρησιμοποιηθέν. Τούτο, διότι, όλα τα μηχανήματα διαθέτουν συγκεκριμένες προδιαγραφές (όπως για παράδειγμα σε ένα αυτοκίνητο που παίρνει diesel δεν μπορείς να χρησιμοποιήσεις βενζίνη) και β) Στο υπάρχον σύστημα διανομής ***** του Νοσοκομείου θα αναμιγνύονται τόσο το παραγόμενο από τη γεννήτρια ***** όσο και το έτοιμο ***** σε δεξαμενές ή φιάλες. Τα εν λόγω φάρμακα διαθέτουν, ωστόσο, διαφορετικές προδιαγραφές, με αποτέλεσμα να μην είναι νόμιμη η ανάμιξή τους στο ίδιο δίκτυο διανομής, ενώ τούτο ενεδχομένως ελλοχεύει κινδύνους για τους ασθενείς. Τούτος ο κίνδυνος για τους ασθενείς θα πρέπει να ληφθεί ιδιαίτερως υπόψη ενόψει της πανδημίας του COVID-19, κατά την οποία βαριά νοσούντες ασθενείς θα πρέπει να λαμβάνουν φαρμακευτικό ***** σε υψηλές περιεκτικότητες και συγκεκριμένες ποσότητες, γεγονός το οποίο δεν μπορεί να διασφαλιστεί με την ανάμιξη των δύο διαφορετικής συγκέντρωσης φαρμάκων. Επί του ανωτέρω τρίτου και τελευταίου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, υποστηρίζει τα ειδικότερα αναφερόμενα στην παρ. 9.4. των απόψεών της, καταρρίπτοντας του ανωτέρω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, επισημαίνοντας τα ακόλουθα: *«[...]. Πέρα και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ουδεμία άδεια απαιτείται από τον *** είτε για την παραγωγή είτε για τη διάθεση του ***** εντός του Νοσοκομείου (για ίδια χρήση) ουδείς κίνδυνος υφίσταται για την υγεία των ασθενών για τους εξής δύο πολύ απλούς λόγους: στους μεν διασωληνωμένους ασθενείς η πυκνότητα του παρεχόμενου ***** ρυθμίζεται μέσω της συσκευής του αναπνευστήρα ενώ στους απλώς νοσηλευόμενους ασθενείς η παρεχόμενη ποσότητα ρυθμίζεται ανάλογα με τον κορεσμό ***** τους μέσω του ροοστάτη, έτσι ώστε πάντοτε να φθάνει σ' αυτούς η απαιτούμενη ποσότητα ***** . [...].»*, συμπληρώνοντας προς επίρρωση των υποστηριζόμενων τα αναφερόμενα στις παρ. 9.5. και 9.6. των απόψεών της. Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει τα όσα αναλυτικά αναφέρει υπό «Γ. Επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής», στις σελ. 12-20 της ασκηθείσας παρέμβασης.

36. Επειδή, σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα ανωτέρω στις σκέψεις 13-26, 32 και 34 της παρούσας, τα οποία ισχύουν *mutatis mutandis* ως προς τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, να προβάλλει αιτιάσεις κατά της Πρόσκλησης για τη διεξαγωγή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και στα οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων και ο τρίτος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

Απαραδέκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

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

39. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω η ασκηθείσα παρέμβαση δεν εξετάζεται περαιτέρω στην ουσία της.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

Δεν εξετάζει περαιτέρω στην ουσία της την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 4 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ