

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 26<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19-10-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1082/19-10-2018, της εταιρείας με την επωνυμία «.....», με έδρα στη ....., ..... θέση ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του .....-....., που εδρεύει στη ..... οδός ..... αριθ. ....., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά α) Να ακυρωθεί η με αριθ. .... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια *ΟΞΥΓΟΝΟΥ-ΑΕΡΙΩΝ*, άλλως β) να συμπληρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης κατά τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή *«έτσι ώστε να προβλέπεται στον όρο 2.6 του Παραρτήματος 1 Τεχνικές Προδιαγραφές...ότι ο προμηθευτής ανάδοχος θα παραχωρεί στο νοσοκομείο φιάλες ιδιοκτησίας του έναντι μηνιαίου μισθώματος, όχι μόνο στην περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, αλλά και στην περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει φιάλες ιατρικών αερίων που εμπίπτουν στη έννοια του φαρμάκου, τέτοιου τύπου (μέγεθος, κατασκευαστής κλπ) που να συμφωνεί (να είναι ίδιος ή συμβατός) με την άδεια κυκλοφορίας του αναδόχου προμηθευτή. Στην περίπτωση αυτή, ο ανάδοχος-προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο-φάρμακο τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας του, έναντι μισθώματος»*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή κατ' ορθή ερμηνεία της με αριθ. 77/19-11-2018 πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ, ορίστηκε το Μέλος ΑΕΠΠ Ιωάννα Θεμελή ως αναπληρούσα, λόγω κωλύματος την έχουσα από 19-11-2018 αιτηθεί παραίτηση κ. Μαρία Κάππαρη, ομοίως Μέλος ΑΕΠΠ, η οποία είχε ορισθεί Εισηγήτρια σύμφωνα με τη με αριθ. 1444/2018 Πράξη της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου. Περαιτέρω, η ορισθείσα ως αναπληρούσα, ορίστηκε και Εισηγήτρια δυνάμει της με αριθ. 1589/20-11-2018 Πράξης της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου, και δεν έχει γνωστοποιηθεί αμφισβήτηση του αναπληρούμενου Μέλους ως προς την συνδρομή κωλύματος στο πρόσωπό της

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού συνολικά 753 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ..... ποσού 600 ευρώ και ..... ποσού 153 ευρώ και εν συνόλω 753 ευρώ, αμφότερα με την ένδειξη «δεσμευμένο», καθώς και τα από 17-10-2018 και 19-10-2018 αντίστοιχα αποδεικτικά πληρωμής τους στην Τράπεζα Πειραιώς).

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. .... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοιχτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, για την προμήθεια *Οξυγόνου Αερίων* CPV 24111900-4, για δώδεκα μήνες, με κριτήριο ανάθεσης *«την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής»*, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης στο ποσό των 114.906,91 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής για τρίμηνη μονομερή παράταση με εκτιμώμενη αξία 35.621,14 ευρώ. (σελ. 5 της διακήρυξης). Γίνεται μνεία ότι το ποσό του παραβόλου έχει υπολογιστεί επί της αξίας της σύμβασης περιλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης.

4. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 15-10-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ...., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε το συστημικό αριθμό .....

5. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της

διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

6. Επειδή κατά της διακήρυξης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 19-10-2018, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετέχουν με την κατάθεση των προσφορών τους κατά την καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφορών ήτοι κατά την 4-11-2018, η προσφεύγουσα καθώς και η ..... με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 113907 και 114652 αντίστοιχα.

8. Επειδή την 22-10-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στον έτερο διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα ....., μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 22-10-2018 και με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού την ίδια ημέρα, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 24-10-2018 και την 29-10-2018 με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, αντιστοίχως ειδοποίηση περί ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ της με αριθ. πρωτ. 14032/23-10-2018 «γνωμοδότησης επί της προδικαστικής προσφυγής» και το με αριθ. πρωτ. 14245/29-10-2018 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. (β) του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ. 1589/2018 Τροποποιητικής της υπ'

αριθ. 1444/2018 Πράξης της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου «περί ορισμού εισηγητή-χρόνου εξέτασης της προσφυγής».

11. Επειδή στο Παράρτημα Ι Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης προβλέπεται ότι «2.2. ΦΙΑΛΕΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ Οι φιάλες που θα περιέχουν ιατρικά αέρια θα πρέπει να έχουν τα παρακάτω χαρακτηριστικά:

Να πληρούν τις αυστηρές προδιαγραφές της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και της Ελληνικής νομοθεσίας καθώς και τα προβλεπόμενα από την ΑΠ Β 10451/929/88 υπουργική απόφαση (ΦΕΚ 370/Τεύχος Β'9 – 6 - 88). Θα είναι κατασκευασμένες από ειδικό χάλυβα ή αλουμίνιο , κυλινδρικές, για την αποθήκευση του αερίου σε αμιγώς αέρια μορφή ή υγροποιημένο υπό πίεση. Η πίεση λειτουργίας τους, ανάλογα με το είδος των ιατρικών αερίων που περιέχουν, τα οποία βρίσκονται σε αέρια μορφή, θα πρέπει να είναι σύμφωνη με την Τεχνική Οδηγία ΤΕΕ 2491/86. Θα φέρουν ειδικά κλείστρα, ασφαλή, με κάλυμμα και σημάνσεις (χρωματισμένες και αναγραφόμενες ενδείξεις), σχετικές με την τυποποίηση των φιαλών και τα αέρια που περιέχουν, όπως ορίζονται από την κείμενη νομοθεσία και σύμφωνα με τον κανονισμό ΕΛΟΤ EN 1089-3, την Τεχνική Οδηγία ΤΕΕ 2491/86 και την Υ.Α 10451/929/88 ΦΕΚ 370/Β/9-6-88, όπως αυτή τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με την Υ.Α. 12502/206/89 (ΦΕΚ 466/Β/13 – 6 - 89). Ειδικά για τις φιάλες μικρότερες των 5 λίτρων, τα κλείστρα πρέπει να ακολουθούν την προδιαγραφή ISO 107-1983, όπως αυτή τροποποιείται εκάστοτε. Οι χρωματισμοί και τα κλείστρα των φιαλών θα είναι σύμφωνα με τα άρθρα 15 και 17 της Υπουργικής απόφασης 10451/929/88 (Φ.Ε.Κ 370/Β/9-6-88) και οι επιπλέον επισημάνσεις για τις φιάλες νοσοκομειακών αερίων θα είναι σύμφωνες με το άρθρο 15 παρ. της Υ.Α 10451/929/88 (Φ.Ε.Κ 370/Β/9-6-88). Η πίεση στις φιάλες ιατρικών αερίων που βρίσκονται σε αέρια μορφή καθορίζονται για κάθε είδος ιατρικού αερίου στην Τεχνική Οδηγία ΤΕΕ 2491/86, ήτοι πίεση λειτουργίας 200 bar και πίεση δοκιμής 300 bar. Για την σήμανση των φιαλών ισχύει το άρθρο 3 της Υ.Α 1045/929/88 (Φ.Ε.Κ 370/Β/9-6-88). Οι φιάλες θα φέρουν σφραγίδα ενδεικτική της υδραυλικής δοκιμής και χαραγμένα όλα τα απαραίτητα στοιχεία όπως πίεση δοκιμής, πίεση λειτουργίας, βάρος κλπ. Χρωματισμός φιαλών: Οξυγόνο: Λευκός λαιμός και σώμα Πρωτοξειδίο του αζώτου: Μπλε λαιμός - λευκό σώμα. Ιατρικός Συνθετικός Αέρας: Λευκός με μαύρη οριζόντια ρίγα

λαιμός - λευκό σώμα. Διοξειδίο του άνθρακα: Γκρι λαιμός - λευκό σώμα. Χαρακτηριστικά κλείστρων: Οξυγόνο: θηλυκό δεξιόστροφο διαμέτρου 22,91 mm και βήματος 1,814 mm. Πρωτοξειδίο του Αζώτου: θηλυκό δεξιόστροφο διαμέτρου 26 mm και βήματος 1,50 mm. Ιατρικός Συνθετικός Αέρας: αρσενικό δεξιόστροφο διαμέτρου 24 mm και βήματος 2 mm. Διοξειδίο του Άνθρακα: αρσενικό δεξιόστροφο διαμέτρου 21,7mm και βήματος 1,814 mm. 2.3. ΕΜΦΙΑΛΩΣΗ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ Οι φιάλες είτε είναι ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου είτε του προμηθευτή, θα πρέπει να υπόκεινται κάθε φορά σε έλεγχο παραλαβής πριν την εμφιάλωσή τους, προκειμένου να διαπιστωθεί η καταλληλότητά τους σύμφωνα με την ΑΠ Β 10451/929/88 υπουργική απόφαση (ΦΕΚ 370/Τεύχος Β'9- 6 - 88) όπως αυτή τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με την ΥΑ 14165/Φ17.4/373/28.7.93 (Παράρτημα 15), και θα βρίσκονται εντός των χρονικών ορίων της ισχύος του ελέγχου. Στις περιπτώσεις που απαιτείται, θα πραγματοποιούνται οι εξής εργασίες: Έλεγχος υδραυλικής δοκιμής. Αντικατάσταση κλείστρου. Τα κλείστρα των φιαλών θα είναι καινούργια και θα πληρούν τους κανόνες καλής λειτουργίας και ασφάλειας και τις προδιαγραφές του ΕΛΟΤ □ Τοποθέτηση / Αντικατάσταση καλύπτρου ασφαλείας κλείστρου φιάλης □ Χρωματισμός φιάλης με το κατάλληλο κωδικό χρώμα όπως προβλέπεται από τον ΕΛΟΤ Υποχρεωτική καταστροφή ακατάλληλων φιαλών ιατρικών αερίων (βάσει της Υ.Α. Αριθ. Α.Π. Β 10451/929/88 - Άρθρο 14ο), κατόπιν έγγραφης ενημέρωσης του Νοσοκομείου ώστε να προβεί στις απαραίτητες διαδικαστικές ενέργειες καταστροφής και αντικατάστασης αυτών. Η χρέωση της υδραυλικής δοκιμής και της αντικατάστασης των κλείστρων βαρύνει το Νοσοκομείο μόνο για την περίπτωση φιαλών ιδιοκτησίας του. Ο προμηθευτής θα διαθέτει εξοπλισμό για υδραυλικές δοκιμές φιαλών αντοχής 300 bar και θα προσκομισθεί πιστοποιητικό του ΕΛΟΤ. Στην προσφορά του ο προμηθευτής θα αναφέρει το αντίτιμο των παραπάνω εργασιών για τις φιάλες ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου σε €/ φιάλη ή σε €/ τεμάχιο. Ο προμηθευτής θα προβαίνει σε όλους τους αντίστοιχους ελέγχους για τις φιάλες ιδιοκτησίας του αχρεωστήτως. 2.4. ΤΟΠΟΣ & ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΦΙΑΛΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ Ο προμηθευτής υποχρεούται να παραδίδει τις φιάλες ιατρικών αερίων στο Φαρμακείο ή στο κέντρο ιατρικών αερίων ή στην κεντρική αποθήκη του Νοσοκομείου (προσβάσιμα από το όχημα του προμηθευτή), κατά τις εργάσιμες ημέρες και ώρες, ύστερα από έγγραφη παραγγελία. Ο χρόνος

παράδοσης - παραλαβής από την ημερομηνία έγγραφης παραγγελίας για τα αιτούμενα ιατρικά αέρια είναι: - σε δύο (2) εργάσιμες ημέρες, σε φιάλες ιδιοκτησίας της εταιρείας, με τα σύστημα της «ίσης ανταλλαγής» (παράδοση γεμάτης έναντι παραλαβής κενής) - σε δύο (2) εργάσιμες ημέρες, σε φιάλες ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου, - ενώ για μίγματα ιατρικών αερίων ο χρόνος παράδοσης από την ημερομηνία έγγραφης παραγγελίας του Νοσοκομείου, εξαρτάται από τη σύνθεση του μίγματος. Σε περίπτωση: - έκτακτης ανάγκης θα πρέπει να υπάρχει η δυνατότητα άμεσης παράδοσης. - που οι προς αναγόμευση φιάλες, ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου χρήζουν εργασιών (όπως περιγράφονται στην παράγραφο 2.3.), ο χρόνος παράδοσης αυξάνεται ανάλογα με την απαιτούμενη υπηρεσία.

**2.5. ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΦΙΑΛΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ** Η διαδικασία παραλαβής κενών φιαλών και παράδοσης γεμάτων, σύμφωνα με την έγγραφη παραγγελία αυτών, θα εκτελείται ως εξής: □ στην περίπτωση χαλύβδινων φιαλών ιδιοκτησίας των Νοσοκομείων, ο προμηθευτής θα παραλαμβάνει, τις προς αναγόμευση κενές χαλύβδινες φιάλες, τις οποίες θα επιστρέψει γεμάτες ακριβώς τις ίδιες σε επόμενη παράδοση, εφόσον μετά τον απαιτούμενο, κατά τον νόμο έλεγχο, κριθούν κατάλληλες προς αναγόμευση. Στην περίπτωση που δεν είναι κατάλληλες προς αναγόμευση, ο μεν προμηθευτής, ενημερώνει εγγράφως το Νοσοκομείο ότι απαιτείται να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες καταστροφής και αντικατάστασης αυτών, το δε Νοσοκομείο ενημερώνει εγγράφως τον προμηθευτή να προχωρήσει στην καταστροφή αυτών (βλ άρθρο 2.3). στην περίπτωση χαλύβδινων φιαλών ιδιοκτησίας του προμηθευτή, η παράδοση θα διενεργείται ώστε να τηρείται η αρχή της ίσης ανταλλαγής (ο αριθμός των κενών χαλύβδινων φιαλών που παραλαμβάνονται από τα Νοσοκομεία, είναι ίσος με αυτόν των πλήρων (γεμάτων) χαλύβδινων φιαλών που παραδίδονται από τον προμηθευτή. Για λόγους ασφαλούς διακίνησης, το Νοσοκομείο θα πρέπει να παραδίδει τις, προς αναγόμευση, φιάλες, πάντα με το ειδικό κάλυπτρο ασφαλείας του κλείστρου αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, ο προμηθευτής, αφού ενημερώσει το Νοσοκομείο, θα προχωρά στην τοποθέτηση νέου καλύπτρου, με την αντίστοιχη χρέωση. Για την διασφάλιση της ιχνηλασιμότητας προϊόντων (ιατρικά αέρια) και μέσων (φιαλών), ο προμηθευτής εμφιαλωμένων ιατρικών αερίων, θα πρέπει σε κάθε παράδοση, να μπορεί να γνωστοποιήσει στο

Νοσοκομείο τον αριθμό των φιαλών που βρίσκονται σε αυτό (είτε ιδιόκτητων, είτε χορηγημένων), αναφέροντας: - τον σειριακό αριθμό αυτών (serialnumber), - την ημερομηνία διενέργειας της τελευταίας υδραυλικής δοκιμής αυτών, - καθώς και την ημερομηνία λήξης του περιεχόμενου ιατρικού αερίου αυτών. Σε κάθε περίπτωση, το Νοσοκομείο θα έχει μεριμνήσει για τον επαρκή αριθμό χαλύβδινων φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, είτε με φιάλες ιδιοκτησίας του, είτε με χαλύβδινες φιάλες, ιδιοκτησίας του προμηθευτή με την μορφή ενοικίασης.

## 2.6. ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΦΙΑΛΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ

Αν το Νοσοκομείο δεν διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, κατόπιν έγγραφου αιτήματος χορήγησης ο προμηθευτής θα του παραχωρεί φιάλες, έναντι μηνιαίου μισθώματος, το οποίο θα αναφέρει στην προσφορά του. Βάση του αιτήματος χορήγησης, ο συνολικός αριθμός των φιαλών που έχουν χορηγηθεί στο Νοσοκομείο, για την εξυπηρέτηση των αναγκών του σε εμφανιζόμενα ιατρικά αέρια, θα προσαυξηθεί αντίστοιχα.»

12. Επειδή η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι : « ... η Προκήρυξη είναι παράνομη γιατί παρόλον ότι με αυτή σκοπεύεται η προμήθεια του .....«.....-.....» με Οξυγόνο και άλλα αέρια ιατρικής χρήσης τα οποία έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου.... εντούτοις οι τεχνικές προδιαγραφές για τα είδη με την ιδιότητα του φαρμάκου που προσφέρονται σε φιάλες και προβλέπονται στους όρους 2.2 έως 2.6 του Παραρτήματος Ι- Τεχνικές Προδιαγραφές της Προκήρυξης, δε συμφωνούν με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων για τον κάτωθι περιγραφόμενο λόγο. Ο προμηθευτής ανάδοχος στον όρο 2.6 καλείται να παραχωρεί στο Νοσοκομείο φιάλες - εννοεί ιδιοκτησίας του - έναντι μηνιαίου μισθώματος, στην μοναδική περίπτωση που το νοσοκομείο δεν διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του. Πλην όμως, η ισχύουσας νομοθεσία περί φαρμάκου και άδειας κυκλοφορίας, προβλέπει ότι η εξωτερική συσκευασία του φαρμάκου που λαμβάνει άδεια κυκλοφορίας ( όπως τα προς προμήθεια είδη που πληρούν την ιδιότητα του φαρμάκου,) , ή εφόσον δεν υπάρχει εξωτερική συσκευασία, η στοιχειώδης συσκευασία κάθε φαρμάκου, εγκρίνεται από τον ΕΟΦ. Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ'αριθμ. 62060/2010(ΦΕΚ Β'/1586/30-9-2010 ) απόφαση του Προέδρου

του ΕΟΦ περί «Καθορισμού των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ε.Ε σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης», όπως τροποποιήθηκε, ορίζεται ότι «ο περιέκτης είναι ένα κρουογενικό δοχείο ( δεξαμενή, βυτίο ή κάθε άλλος τύπος φορητού κρουογενικού δοχείου), κύλινδρος, συστοιχία κυλίνδρων ή κάθε άλλο είδος συσκευασίας που έρχεται σε άμεση επαφή με το ιατρικό αέριο. Στο σημείο 24 μάλιστα της ως άνω απόφασης ορίζεται ότι «Κύλινδροι, φορητά κρουογενικά δοχεία και βαλβίδες, θα πρέπει να συμφωνούν με τις κατάλληλες τεχνικές προδιαγραφές και τις σχετικές απαιτήσεις της άδειας κυκλοφορίας», ενώ στο σημείο 32 της ίδια απόφασης ορίζεται ότι« Κύλινδροι που έχουν επιστραφεί για επαναπλήρωση θα πρέπει να προετοιμάζονται με προσοχή ώστε να ελαχιστοποιούνται οι κίνδυνοι της επιμόλυνσης, σύμφωνα με τις διαδικασίες που καθορίζονται από την Άδεια Κυκλοφορίας .» 4. Από τα ως άνω προκύπτει ότι στην άδεια κυκλοφορίας των ιατρικών αερίων που εμπíπτουν στην έννοια των φαρμάκων, εμπεριέχονται και οι περιέκτες τους( φιάλες κλπ) - αδειοδοτούνται στην ουσία και οι τύποι ( μέγεθος, κατασκευαστής φιάλης κλπ) οι οποίοι εμπεριέχονται στην άδεια κυκλοφορίας των εν λόγω ιατρικών αερίων, με αποτέλεσμα ο ανάδοχος προμηθευτής να μπορεί σε συμμόρφωση με την ισχύουσα νομοθεσία και την άδεια κυκλοφορίας του, να αναγομώνει μόνο τις φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου , αν είναι ίδιου ή συμβατού τύπου με αυτές που περιέχονται στην άδεια κυκλοφορίας του. 5. Για τους ανωτέρω περιγραφόμενους λόγους, οι τεχνικές προδιαγραφές για τα είδη με την ιδιότητα του φαρμάκου που προσφέρονται σε φιάλες και προβλέπονται στους όρους 2.2 έως 2.6 του Παραρτήματος 1- Τεχνικές Προδιαγραφές της Προκήρυξης, θα πρέπει να τροποποιηθούν προκειμένου να προβλέπεται ότι ο προμηθευτής ανάδοχος θα παραχωρεί στο νοσοκομείο φιάλες ιδιοκτησίας του έναντι μηνιαίου μισθώματος, όχι μόνο στην περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, αλλά και στην περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει φιάλες ιατρικών αερίων που εμπíπτουν στη έννοια του φαρμάκου, τέτοιου τύπου ( μέγεθος, κατασκευαστής κλπ) που να συμφωνεί με την άδεια κυκλοφορίας του ανάδοχου προμηθευτή. Στην περίπτωση αυτή δηλαδή, ο ανάδοχος - προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο -φάρμακο , τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας



του, έναντι μισθώματος. 6. Κατόπιν τούτου η ..... ως έχουσα προφανές έννομο συμφέρον γιατί δραστηριοποιείται στον τομέα του οξυγόνου και των ιατρικών αερίων μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και τα υπό προμήθεια είδη και προτίθεται να συμμετάσχει στον προκηρυχθέντα με την Προκήρυξη Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, υποβάλει την παρούσα προδικαστική προσφυγή με την οποία ζητεί την ακύρωση άλλως την συμπλήρωση της Προκηρύξεως, της οποίας έλαβε γνώση την 17.10.2018, για τους ανωτέρω λόγους και όσους επιφυλάσσεται νομίμως και εμπροθέσμως προσθέσει.».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις από 23-10-2018 απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι «...Διευκρινίζουμε ότι σύμφωνα με τον Ν.62060/10 (ΦΕΚ 1586/30-09-10) καθορίζεται ότι: α) τα αέρια ανήκουν στο πεδίο της παραγωγής των δραστικών α' υλών και λαμβάνουν την απαραίτητη άδεια κυκλοφορίας (παράρτημα β'). β) οι απαιτήσεις πλήρωσης των δραστικών α' υλών αερίων σε κυλίνδρους ή σε φορητά κρυσταλλικά δοχεία καθορίζεται από τις ενότητες 22 έως 37 του παραρτήματος του ανωτέρου νόμου. γ) σε συμμόρφωση των ανωτέρω, στις τεχνικές προδιαγραφές παρ. 2.5 προβλέπεται ότι οι ιδιότητες φιάλες των Νοσοκομείων που δεν είναι κατάλληλες προς αναγόμωση σύμφωνα με την άδεια κυκλοφορίας του ιατρικού αερίου του προμηθευτή, μετά από έγγραφη αιτιολόγηση του προμηθευτή, επιστρέφονται στο Νοσοκομείο. Ως εκ τούτου δεν συντρέχει λόγος αλλαγής των τεχνικών προδιαγραφών.» Και περαιτέρω στις από 29-10-2018 απόψεις της επί της προσφυγής επικαλούμενη τις διατάξεις των άρθ. 360, 372 παρ. 1, 54 του ν. 4412/2016, τους όρους 2.3, 2.5, 2.6, 2.7 της διακήρυξης, αναφέρει ότι «...1. Επί της ύπαρξης έννομου συμφέροντος .....Στην προκείμενη περίπτωση, από κανένα σημείο της κρινόμενης προσφυγής καθώς δεν προκύπτει με συγκεκριμένο τρόπο και σαφήνεια η ζημία-βλάβη που ενδέχεται να υποστεί αυτή, από τους λόγους προσφυγής που η ίδια προβάλλει ....και συγκεκριμένα ποιος από όρο της διακήρυξης έχει σαν αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της ή δυσχεραίνει τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό....2. Επί των προσβληθέντων όρων της διακήρυξης ..... Από τους ως άνω όρους Τεχνικών Προδιαγραφών ....γίνεται περισσότερο από σαφές α. το νομοθετικό πλαίσιο και οι καθ' υπόδειξη και εφαρμογή αυτού προκαθορισμένοι όροι διαχείρισης φιαλών ιατρικών αερίων, όρους στους

οποίους προσαρμόστηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές της ένδικης διακήρυξης, ώστε σε περίπτωση που αν μεν οι φιάλες ιδιοκτησίας του Νοσοκομείου δεν καλύπτουν τις εκ του νόμου προδιαγραφές ασφαλείας και καταλληλότητας, καταστρέφονται μετά από συνεννόηση μεταξύ Νοσοκομείου Προμηθευτή, στην αντίθετη δε περίπτωση α. επιστρέφονται χωρίς να χρησιμοποιηθούν, και β. το Νοσοκομείο ρητά έχει υποχρέωση να μεριμνήσει ώστε να υπάρχει επαρκής αριθμός χαλύβδινων φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, είτε με φιάλες ιδιοκτησίας του, είτε με χαλύβδινες φιάλες, ιδιοκτησίας του προμηθευτή με την μορφή ενοικίασης. Εν συνεχεία μάλιστα των Τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης στον όρο 2.7 «ΤΙΜΕΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ ΣΕ ΕΝΟΙΚΙΑΖΟΜΕΝΕΣ ΦΙΑΛΕΣ & ΣΧΕΤΙΚΩΝ ΜΕ ΑΥΤΑ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ» περιγράφονται με λεπτομέρειες και σαφήνεια, οι τιμές όλων των υπό προμήθεια ειδών ιατρικών αερίων σε ενοικιαζόμενες φιάλες και των σχετικών με αυτά παρεχόμενων υπηρεσιών. Όπως προκύπτει από τα ως άνω εκτιθέμενα, τα όσα αιτείται η προσφεύγουσα, δια της ένδικης προδικαστικής προσφυγής της, να συμπεριληφθούν ως όροι στην με αριθμό 10/2018 διακήρυξης είναι ήδη όροι αυτής κατά τρόπο ρητό και συγκεκριμένο, όπως απαιτείται από το άρθ. 54 ν. 4412.2016 ...Επιπλέον της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών.....προηγήθηκε η διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης στην οποία τέθηκαν οι αρχικές τεχνικές προδιαγραφές και στην οποία διαδικασία συμμετείχε με εκτενείς παρατηρήσεις της η προσφεύγουσα ....εταιρεία...το...κείμενο ....των οποίων λήφθηκε κατά τα μέγιστα υπόψη στην σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών από την Υπηρεσία μας, αλλά σε κανένα σημείο του οποίου η προσφεύγουσα εταιρεία δεν αναφέρεται ρητά σε όρο, όπως αυτός που αιτείται δια της προσφυγής της να συμπεριληφθεί, όρος που σε κάθε περίπτωση κατά τα ως άνω εκτιθέμενα προβλέπεται στις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης. ....Επειδή στην προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα εταιρεία απαραδέκτως αμφισβητεί τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών της ένδικης διακήρυξης, καθόσον στο ..... ως αναθέτουσα αρχή, με την εν λόγω διακήρυξη, δεν στοιχειοθετείται ότι παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι η προσφεύγουσα δηλώνει αδυναμία κατανόησης των συγκεκριμένων και σαφών όρων αυτής.....Επειδή κατόπιν τούτων από την συνολική επισκόπηση του υπό εξέταση φακέλου .....οι προβαλλόμενοι λόγοι προσφυγής παρίσταται νόμω και ουσία αβάσιμοι

*και άρα απορριπτέοι και ως εκ τούτου δεν προκύπτει έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της ένδικης προσφυγής της... »*

14. Επειδή όπως προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού ως είναι αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στο ΕΣΗΔΗΣ, η προσφεύγουσα έχει καταθέσει στην προσφορά της **I)** Ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «**ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ**» στην τελευταία παράγραφο της οποίας δηλώνει ότι «...**λάβαμε γνώση των Γενικών και Ειδικών Όρων της Διακήρυξης καθώς και των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης και δηλώνουμε ότι αποδεχόμαστε αυτούς πλήρως και ανεπιφύλακτα. Επίσης σας δηλώνουμε ότι τα είδη που προσφέρουμε πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές του Νοσοκομείου ...**», και **II)** Ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «**ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ**» όπου δηλώνει ότι «**ΑΠΟΔΕΧΟΜΑΣΤΕ ΠΛΗΡΩΣ ΚΑΙ ΑΝΕΠΙΦΥΛΑΚΤΑ ΟΛΟΥΣ ΤΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΑΣ ΠΛΗΡΟΙ ΤΙΣ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ...ΣΥΝΗΜΜΕΝΑ ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ ΣΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ...**» και **III)** Ηλεκτρονικό φάκελο με τον τίτλο «**ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ**» στον οποίο επισυνάπτεται αρχείο με τον τίτλο «**ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ αποδοχής όρων**» όπου η προσφεύγουσα ρητά δηλώνει ότι «**...ΑΠΟΔΕΧΕΤΑΙ ΠΛΗΡΩΣ ΚΑΙ ΑΝΕΠΙΦΥΛΑΚΤΑ ΟΛΟΥΣ ΤΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ... ΠΛΗΡΟΙ ΤΙΣ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ...**» και **IV)** Ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «**ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ**» όπου δηλώνει ότι «**Σας δηλώνουμε ότι τα είδη που προσφέρουμε πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές του Νοσοκομείου σας**», ενώ **V)** Δεν προκύπτει ούτε από την υπό εξέταση προσφυγή ούτε από τα έγγραφα της προσφοράς της όπως είναι αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ότι η προσφεύγουσα επιφυλάχτηκε με οποιονδήποτε τρόπο ως προς την νομιμότητα της διακήρυξης, αλλά αντίθετα προκύπτει ότι μετέχει του διαγωνισμού ανεπιφυλάκτως έχοντας πλήρως συνομολογήσει αναγνωρίσει και αποδεχτεί άνευ επιφυλάξεων την προσβαλλόμενη διακήρυξη ως προς όλους τους όρους αυτής, μεταξύ των οποίων και οι πλησσόμενες τεχνικές προδιαγραφές. Όμως, ως έχει παγίως κριθεί, η προσφεύγουσα δεν διατηρεί το έννομο συμφέρον της αμφισβήτησης

της νομιμότητας της διακήρυξης, εφόσον έλαβε μέρος στον διαγωνισμό χωρίς επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα αυτής και απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον αμφισβητεί –κατόπιν τούτων- την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 616/2012, 474/2009, 354/2014, 314/2013, 9/2015, 885/2012, 467/2012, 429/2010, 1317/2017, Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 182, 258, 394, 402, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 597, 319, 1023, 617/2007, ΔΕφΑΘ 590/2013, ΔΕφΑΘ 1166/2014, και στις παραπάνω αποφάσεις περαιτέρω αναφερόμενη νομολογία, Φ. Αρναούτογλου Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη 2<sup>η</sup> έκδ. 2013, σελ. 97 και εκεί αναφερόμενη σχετική νομολογία). Επισημαίνεται ότι παραπάνω παγία νομολογία ερείδεται επί του άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989, σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση αποδοχής της προσβαλλόμενης πράξης το ένδικο μέσο είναι απαράδεκτο, και διατηρεί την ισχύ της και κατόπιν της θέσης σε ισχύ του νεώτερου ν. 4412/2016. Και ίδια το άρθ. 29 το οποίο αφορά στην άσκηση των ενδίκων μέσων ενώπιον των Δικαστηρίων εφαρμόζεται αναλόγως και για το παραδεκτό της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο κατά συνεκτική ερμηνεία και εφαρμογή i) του άρθ. 360 παρ. 2 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων και ii) του άρθ. 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση άσκησης ενδίκου μέσου κατά απόφασης της ΑΕΠΠ συμπροσβάλλεται και η συναφής πράξη της αναθέτουσας αρχής, iii) σε συνδυασμό με το παραπάνω άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989. Και τούτο δεδομένου ότι τυχόν μη αναλογική εφαρμογή του άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989 και επί του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής θα οδηγούσε ad absurdum να μπορεί να κρίνεται παραδεκτή η προσβολή της αποδεκτής άνευ επιφυλάξεων διακήρυξης ενώπιον της ΑΕΠΠ αλλά η προσβολή αυτής της ίδιας άνευ επιφυλάξεων διακήρυξης να κρίνεται απαράδεκτη ενώπιον των Δικαστηρίων ως συμπροσβαλλόμενη μαζί με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Συνεπώς η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί επειδή η προσφεύγουσα συμμετέχει στον διαγωνισμό αποδεχθείσα ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης και για τον λόγο αυτό χωρίς έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή αμφισβητώντας την νομιμότητα της διακήρυξης.

15. Επειδή, ανεξαρτήτως των παραπάνω, στο άρθρο 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, ..... και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]». Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την τροποποίηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης με την προσθήκη στον όρο 2.6 νέων διατάξεων, καθ' υπαγόρευση και ακριβώς όπως διατυπώνονται στο λόγο και στο αιτητικό της υπό εξέταση προσφυγής. Και τούτο ίδια επειδή, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης –όπως εν προκειμένω επιδιώκεται- η ΑΕΠΠ ακυρώνει τα πλησσόμενα κεφάλαια της πράξης ή την πράξη, και εν προκειμένω την διακήρυξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να διατυπώσει η ίδια τους όρους της διακήρυξης καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018), ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς το αίτημα της προσφυγής περί καθ' υπαγόρευση

μεταρρύθμισης της προσβαλλόμενης διακήρυξης με τροποποίηση του όρου 2.6 και προσθήκη νέων όρων τεχνικών προδιαγραφών ως διαλαμβάνεται στο αιτητικό της προσφυγής παρίσταται अपαράδεκτο, και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση της διακήρυξης, η οποία δεν εξικνεΐται έως την τροποποίησή της.

16. Επειδή, και ανεξαρτήτως των σκέψεων 14 και 15, κατ' ορθή εκτίμηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και παρότι το αίτημα αυτής περιορίζεται στην εν όλω ακύρωση της διακήρυξης άλλως στην τροποποίηση του πλησσόμενου όρου 2.6, όμως εξετάζεται εν συνεχεία το παραδεκτό και η νομιμότητα αυτών επί τω τέλει της ακύρωσης ή μη αυτών, σε σχέση με τους προβαλλόμενους στην προσφυγή ισχυρισμούς και λόγους.

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »* Συναφώς και η παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και η παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπουν ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 *« Η προδικαστική προσφυγή .... περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που*

*δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)».*

19. 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 και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

20. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης 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 του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την 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 κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο

θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

21. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. 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, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη 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 σ' 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 σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων ( ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (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).

22. 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 εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

23. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα 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, ο προσφεύγων 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, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

24. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ 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, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

25. 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 εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

26. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, 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).

27. Επειδή ανεξαρτήτως των σκέψεων 14 και 15, η προσφεύγουσα ως προς τους λόγους που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της προσφυγής επικαλείται ότι έχει «...*προφανές έννομο συμφέρον γιατί δραστηριοποιείται στον τομέα του οξυγόνου και των ιατρικών αερίων μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και τα υπό προμήθεια είδη και προτίθεται να συμμετάσχει στον προκηρυχθέντα με την Προκήρυξη Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό...*» Όμως, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, χωρίς να επικαλείται οποιαδήποτε βλάβη της, και χωρίς να αμφισβητεί συγκεκριμένα την νομιμότητα του πλησσόμενου όρου 2.6, αλλά αμφισβητώντας την νομιμότητα της διακήρυξης εν γένει. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου–έννομο συμφέρον της και ιδία διότι **I)** Δεν επικαλείται παράνομη βλάβη εις βάρος της από τους προσβαλλόμενους όρους της

διακήρυξης, καθώς δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι, κατά παράβαση του νόμου την αποκλείουν από την συμμετοχή στον διαγωνισμό ούτε ότι κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, και ίδια δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εν γένει ή ειδικά παραβιάζουν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 676, 182, 2/2011, 1140, 961, 842, 346/2010, 1354, 1305, 1046, 1015, 574/2009, 617/2007, ΔΕφΑΘ 1537/2014). II) Ούτε επικαλείται ότι οι όροι των οποίων αιτείται την προσθήκη στην διακήρυξη παραλήφθηκαν ενώ αντίθετα συγκεκριμένη διάταξη νόμου επιβάλλει την συμπερίληψή τους στην διακήρυξη. Συνεπώς, όσο τυχόν σοβαροί και αν αξιολογηθούν ότι είναι οι ιστορούμενοι στην προσφυγή νομικοί ισχυρισμοί ότι η αδειοδότηση εμπορίας των ιατρικών αερίων που είναι φάρμακα συμπεριλαμβάνουν αναγκαία και την εμπορία τους μόνο σε συγκεκριμένους περιέκτες για τους οποίους επίσης έχει αδειοδοτηθεί η προσφεύγουσα, όμως, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή συγκεκριμένη υποκειμενική ήτοι προσωπική και άμεση βλάβη που υφίσταται ή θέλει μετά βεβαιότητας υποστεί η προσφεύγουσα από τους πλησσόμενους όρους, και επί πλέον δεν προκύπτει σε ποιόν νόμο προσκρούουν οι πλησσόμενοι όροι, και με ποιόν τρόπο, δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση είναι απορριπτέο το αίτημα για ακύρωση εν όλω της διακήρυξης ως αντιφατικό, αόριστο και ανυποστήρικτο δεδομένου ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως προτίθεται να συμμετάσχει και συμμετέχει ανεπιφυλάκτως στον επίμαχο διαγωνισμό του οποίου όμως αιτείται την ακύρωση, ενώ συγχρόνως δεν προκύπτει με ποιόν τρόπο η διακήρυξη και η διεξαγωγή του διαγωνισμού βλάπτει τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή παρίσταται απαράδεκτη, ως άνευ εννόμου συμφέροντος άνευ βλάβης και αορίστως ασκηθείσα, διότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι οι πλησσόμενοι όροι και οι ελλείποντες –κατ' αυτήν- όροι καθώς και η διακήρυξη εν γένει καθιστούν αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την δική της συμμετοχή της στον διαγωνισμό ούτε ότι ετέθησαν ή/και παραλήφθηκαν αντιστοίχως κατά παράβαση συγκεκριμένου νόμου.

28. Επειδή και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, το αίτημα της προσφυγής περί προσθήκης τεχνικών προδιαγραφών και όρων στην διακήρυξη, είναι απαράδεκτο και υπό την εκδοχή ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής όπως τους συμπεριλάβει στην διακήρυξη, διότι η παράλειψη αυτή δεν συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Ειδικότερα, από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθ. 346 και 360 του ν.4412/2016 (σκέψη 17) και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες. Όσον δε αφορά στην παράλειψη θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ.ΣτΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ βλ. Δ. Γ. ΡΑΙΚΟΣ, Ε. Γ. ΒΛΑΧΟΥ, Ε.Κ. ΣΑΒΒΙΔΗ, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 1175). Ειδικότερα, η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχουν σωρευτικά, μεταξύ άλλων, οι εξής προϋποθέσεις: το διοικητικό όργανο να έχει την υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ΣτΕ 1653/1996, 2817/1998) ή να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια και να έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις για την έκδοση της πράξης ή την εκτέλεση της ενέργειας. Όμως εν προκειμένω δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη σύμφωνα με συγκεκριμένη διάταξη νόμου να περιλάβει στην διακήρυξη τους αιτούμενους με την προσφυγή όρους. Συνακόλουθα είναι απαράδεκτο ως αόριστο και περαιτέρω ανυποστήρικτο και αβάσιμο το αιτητικό της προσφυγής το οποίο αφορά ακύρωση της διακήρυξης άλλως στην προσθήκη όρων και τεχνικών προδιαγραφών στη διακήρυξη, και αν ακόμη ήθελε τυχόν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ακύρωσης της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής όπως συμπεριλάβει τους αιτούμενους όρους στην διακήρυξη.

29. Επειδή και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, σε κάθε περίπτωση είναι απορριπτικό ολόκληρο το αιτητικό της προσφυγής με το οποίο ζητείται η ακύρωση της διακήρυξης διότι ελλείπουν οι όροι τους οποίους προκρίνει η προσφεύγουσα και καθ' υπαγόρευση διατυπώνει, και άλλως η προσθήκη των συγκεκριμένων αυτών όρων και τεχνικών προδιαγραφών στην διακήρυξη, διότι ως έχει κριθεί ότι δεν μπορεί να προκύψει βλάβη του προσφεύγοντος από παράλειψη της διακήρυξης να θεσπίσει συγκεκριμένους όρους (Φ. Αρναούτογλου Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη 2<sup>η</sup> έκδ. 2013, σελ. 96 στην αρχή και εκεί αναφερόμενη ΣΤΕ ΕΑ 1305/2009). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη από την μη θέσπιση των όρων αυτών συνδεδεμένη με τις προϋποθέσεις συμμετοχής της στον διαγωνισμό ούτε με τη διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου, αλλά οι ισχυρισμοί της ανάγονται στην πληρότητα της μελέτης, (ΣΤΕ 1305/2009), η οποία κατ' αυτήν δεν έλαβε υπ' όψιν τις ισχυριζόμενες περιστάσεις της νόμιμης αδειοδότησης των ιατρικών αερίων και των περιεκτών τους. Με τον τρόπο αυτό απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον και βλάβη κατά την έννοια του νόμου πλήσσει η διακήρυξη και μάλιστα για λόγους που ανάγονται στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, καθώς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται περιστάσεις που –και αληθείς υποτιθέμενες- θέλουν τυχόν εκδηλωθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, και των οποίων την ρύθμιση ζητά με τους συγκεκριμένους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές που αιτείται να προστεθούν στην διακήρυξη. Αντιθέτως, έχει κριθεί ότι *«Οι ισχυρισμοί, όμως, αυτοί δεν αρκούν για την θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως, αφ' ενός μεν διότι η αιτούσα εταιρεία δεν επικαλείται βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως αλλά από την, κατ' αυτήν, παράλειψη της διακηρύξεως να θεσπίσει συγκεκριμένους όρους, αφ' ετέρου δε διότι η βλάβη αυτή, δεν συνδέεται με τις προϋποθέσεις συμμετοχής της αιτούσης στον διαγωνισμό ούτε με την διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου, αλλά ανάγεται στο στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως»* (ad hoc ΣΤΕ 1305/2009 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 571/2012 (ΑΣΦ), ΣΤΕ ΕΑ 1015/2009, 87/2000, 715/2006, ΣΤΕ (ΑΣΦ) 272/2015). Συνεπώς και για τον λόγο αυτό είναι απορριπτικά η υπό εξέταση προσφυγή ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος και βλάβης στρεφόμενη κατά της επίμαχης διακήρυξης.

30. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 « 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : ...ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. ....ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης.. ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής, ....».

31. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 54 παρ. 1, 2 και 3 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές ....παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, .....».

32. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ` αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως επιχειρεί υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της

διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη, καθώς και ότι απαραδέκτως αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει και να προσδιορίσει αυτός τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, ή/και να καθορίσει τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου με βάση της δικές του εκτιμήσεις, τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑθ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑθ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 303/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004, ΔΕφΠειρ 51/2013). Ελέγχονται όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

33. Επειδή περαιτέρω –και ανεξαρτήτως των παραπάνω σκέψεων - ο μόνος λόγος της προσφυγής παρίσταται ως απαράδεκτος, διότι: **ι)** η προσφεύγουσα επιχειρεί να διαμορφώσει τους επίμαχους όρους της διακήρυξης με συγκεκριμένο τρόπο που ευθέως πλην απαραδέκτως εξυπηρετεί δικές της επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και δυνατότητες, ευθέως αντίθετες με τις ανάγκες και επιλογές της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 581/2008, ΕΑ ΣτΕ 307/2007 και παραπάνω σκέψη 45). **ii)** Διότι υπεισέρχεται απαραδέκτως στην σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή επιλογής των επίμαχων όρων η οποία σκοπιμότητα δεν ελέγχεται ακυρωτικά (ΣτΕ ΕΑ 1208/2006, 303, 960, 965/2007, 1317/2007, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 1245/2006, 1140/2010, 1024/2010, και σκέψη 46). Συγκεκριμένα εν προκειμένω, απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα επιλογής της αναθέτουσας αρχής όπως αναθέτει την πλήρωση των φιαλών ιδιοκτησίας της με ιατρικά αέρια, και μόνο όταν δεν διαθέτει η ίδια επαρκή αριθμό φιαλών να προβαίνει σε

μίσθωση φιαλών από τον ανάδοχο. Οι ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο παραπάνω όρος της διακήρυξης δεν συνάδει με την ισχύουσα νομοθεσία περί αδειοδότησης των φαρμάκων, και αληθής υποτιθέμενος, όμως δεν μπορεί να βασίσει το αίτημα της προσφυγής το οποίο συσχετίζεται με την σκοπιμότητα του πλησόμενου όρου 2.6, και επί πλέον –επίσης όλως απαραδέκτως- με την σκοπιμότητα θέσπισης των υπαγορευόμενων από την ίδια τεχνικών προδιαγραφών. Εξ άλλου, από την επισκόπηση των όρων των διακήρυξης δεν προέκυψε απαίτηση ανάληψης υποχρέωσης από τους διαγωνιζόμενους όπως προβούν σε θετική ενέργεια αντίθετη με τον νόμο και ίδια όπως προβούν σε πράξη ή παράλειψη αντίθετη ή αντιβαίνουσα τους όρους της αδειοδότησής τους, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Αντίθετα σε πλείστους όρους της διακήρυξης απαιτείται ρητά η προσκόμιση νόμιμης άδειας παραγωγής εμφιάλωσης, κυκλοφορίας και διανομής ιατρικών αερίων σε «κατάλληλες» φιάλες, και προφανώς σε φιάλες *κατάλληλες* κατά τους όρους του νόμου της επιστήμης και της τεχνικής ( βλ. όροι της διακήρυξης περί αδειών 2.2.6 α, 2.2.9.2 Β.3 α), Β.4 1., Παράρτημα Ι παρ. 1., 2., (άδεια ΕΟΦ), σελ. 40 παρ. 2, και όμοιες απαιτήσεις στο Παράρτημα ΙΙΙ Υπόδειγμα Φύλλων Συμμόρφωσης σελ. 77 παρ. 1 πρώτο bullet). Σε κάθε δε περίπτωση η εν γένει διαχείριση των φιαλών ιδιοκτησίας της αναθέτουσας αρχής και η εκτίμηση περί επάρκειας αυτών ανάγεται σε κατ' εξοχήν θέμα σκοπιμότητας εφ'ού δικαιούται η ίδια όπως αποφασίζει κυριαρχικά. Συναφώς είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο το αίτημα της προσφυγής το οποίο θα υποχρέωνε –αν γινόταν δεκτό- την αναθέτουσα αρχή να μισθώνει από τον ανάδοχο τόσο αριθμό φιαλών όσες είναι οι φιάλες ιδιοκτησίας της που δεν εμπίπτουν στην άδεια του αναδόχου, και μάλιστα ανεξαρτήτως αν η αναθέτουσα αρχή χρειάζεται ή δεν χρειάζεται τον συγκεκριμένο αριθμό πεπληρωμένων φιαλών δηλαδή ανεξαρτήτως αν οι φιάλες ιδιοκτησίας της που συγχρόνως εμπίπτουν στην αδειοδότηση του αναδόχου επαρκούν ή όχι για την εξυπηρέτηση των αναγκών της ανά πάσα χρονική στιγμή εκτέλεσης της προμήθειας. Το αίτημα της προσφυγής περί προσθήκης στην επίμαχη τεχνική προδιαγραφή 2.6 όρου σύμφωνα με τον οποίο θα υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να μισθώνει φιάλες από τον ανάδοχο *όχι μόνο στην περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών για την εξυπηρέτηση των αναγκών του, αλλά και στην*



περίπτωση που το νοσοκομείο δε διαθέτει φιάλες ιατρικών αερίων που εμπíπτουν στη έννοια του φαρμάκου, τέτοιου τύπου ...που να συμφωνεί ...με την άδεια κυκλοφορίας του αναδόχου, ως αυτολεξεί αιτείται η προσφεύγουσα, καθιστά υποχρεωτική τη μίσθωση φιαλών από τον ανάδοχο, ανεξαρτήτως επάρκειας ή μη των φιαλών ιδιοκτησίας της αναθέτουσας αρχής. Για τον λόγο αυτό το αίτημα της προσφυγής είναι απαράδεκτο ως υπεισερχόμενο σε θέματα σκοπιμότητας και διαχείρισης των πόρων της αναθέτουσας αρχής και κυριαρχικού προσδιορισμού των ποσοτικών αναγκών της, τα οποία επί πλέον δεν ελέγχονται ακυρωτικά. Εξ άλλου, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αιτιολογεί επαρκώς την σκοπιμότητα θέσπισης των πλησσομένων όρων της διακήρυξης, καθώς ως βάσιμα αναφέρει γνωρίζει και έχει λάβει υπ' όψη της την νομοθεσία περί αδειοδότησης και κατέληξε στην διατύπωση των πλησσομένων όρων οι οποίοι σε καμία περίπτωση δεν υποχρεώνουν τους διαγωνιζόμενους ή τον ανάδοχο να προβούν σε πράξεις ή παραλείψεις που προσκρούουν στους όρους του νόμου ή/και της νόμιμης αδείας τους, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται απαράδεκτα αόριστα ανυποστήρικτα και αβάσιμα η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα αρχή κρίνοντας ελεύθερα διαμόρφωσε, ως δικαιούται κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της, τους όρους της διακήρυξης και τούτο μάλιστα χωρίς να προσκρούει ούτε σε νόμο ούτε στις αρχές της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Συνεπώς και για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί η υπό εξέταση προσφυγή ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης ασκηθείσα και ως περαιτέρω αόριστη ανυποστήρικτη και αβάσιμη.

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

36. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΕΠΠ:1101 /2018

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 26-11-2018 και εκδόθηκε την 13-12-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**