

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/161/16-2-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΡΕΘΥΜΝΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να τροποποιηθούν οι τεχνικές προδιαγραφές της με αρ. πρωτ. 1008/30.1.2018 Διακήρυξης Δημόσιου Ηλεκτρονικού Ανοικτού κάτω των ορίων (τακτικού) διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατρικά αέρια» (CPV 24111500-0) προϋπολογισμού 91.951,95€ (ενενήντα μία χιλιάδες εννιακόσια πενήντα ένα ευρώ και ενενήντα πέντε λεπτά) & Δεξαμενές αερίου (CPV 44612200-5)» προϋπολογισμού 699,36€(εξακόσια ενενήντα εννέα ευρώ και τριάντα έξι λεπτών), για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Ρέθυμνου, για ένα (1) έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και να αρθούν παραλείψεις συμπερίληψης όρων.. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 19017281795804100059 και ποσού ευρώ 600,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 9-2-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

Αριθμός απόφασης: 176/2018

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 16-2-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα Διακήρυξης για Ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την προμήθεια προϊόντος, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ συνολικής αξίας 74.718,80 ευρώ, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-1-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC002601839 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 31-1-2018 με συστημικό α/α 52069 και περί της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την 8-2-2018. Δια της ως άνω προσφυγής του ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του αιτείται ότι τα υπό προμήθεια ιατρικά αέρια, ήτοι αέριο ιατρικό οξυγόνο, υγρό ιατρικό οξυγόνο, πρωτοξειδίο του αζώτου και διοξειδίο του άνθρακα έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου και ως εκ τούτου βάσει της ΚΥΑ ΔΥΓ3α/ΓΠ32221/29.4.2013 διατίθενται στην αγορά μόνο με άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Ο δε ΕΟΦ ναι μεν εξέδωσε την από 10-2-2017 ανακοίνωσή του κατά την οποία «χορηγείται εύλογος χρόνος συμμόρφωσης των εταιρειών που διαθέτουν ήδη άδεια δυνατότητας παραγωγής, αλλά όχι και άδεια κυκλοφορίας, ο οποίος ορίζεται έως την 30-6-2018. Μετά την ημερομηνία αυτή, δεν θα δύναται να κυκλοφορήσει ιατρικό αέριο χωρίς άδεια κυκλοφορίας», όμως η ανακοίνωση αυτή, αφενός δεν τροποποιεί τις κανονιστικού χαρακτήρα διατάξεις της παραπάνω ΚΥΑ, αφετέρου ο ίδιος ο ΕΟΦ στο με αρ. πρωτ. 22154/16.3.2017 έγγραφό του αναφέρει, ότι εναπόκειται στις αναθέτουσες αρχές αν θα κάνουν χρήση της ευχέρειας αυτής κατά τις διαγωνιστικές διαδικασίες. Όμως, η αναθέτουσα, εν προκειμένω, παρέλειψε να συμπεριλάβει, προς συμμόρφωση με την ως άνω ΚΥΑ, την απαίτηση προσκόμισης άδειας κυκλοφορίας ΕΟΦ, ως ελάχιστη νόμιμη προϋπόθεση για το παραδεκτό της προσφοράς. Εξάλλου, κατά τον προσφεύγοντα, η αναθέτουσα ακόμη και αν σκοπούσε στη χρήση της ως άνω ευχέρειας που της παρείχε το από 10-2-2017 έγγραφο του ΕΟΦ, όφειλε να ζητήσει τουλάχιστον προσκόμιση άδειας παραγωγής. Περαιτέρω, ο διαγωνισμός θα ολοκληρωθεί ή σε κάθε περίπτωση μεγάλο μέρος της σύμβασης θα εκτελεστεί μετά την 30-6-2018, οπότε ο τυχόν ανάδοχος θα πρέπει να έχει έως τότε αποκτήσει ούτως ή άλλως άδεια κυκλοφορίας. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα παρέλειψε να θεσπίσει όρο περί μεταφοράς των υπό παράδοση αγαθών με ειδικά πλοία για επικίνδυνα φορτία και διευκρίνιση εκ μέρους των προσφερόντων περί του τρόπου με τον οποίο θα διασφαλίζεται απρόσκοπτη και αδιάλειπτη προμήθεια των αερίων σε περίπτωση απαγόρευσης απόπλου, όρος που όμως είχε περιληφθεί στη Διακήρυξη 1269/2016 της 7^{ης} ΥΠΕ και κάθε επόμενη διακήρυξη των νοσοκομείων

Αριθμός απόφασης: 176/2018

που υπάγονται σε αυτή (72/2016 ΠΑΓΝΗ-BENIZEΛΕΙΟ, 8830/2017 ΓΝ ΡΕΘΥΜΝΟΥ), καθώς η 7^η ΥΠΕ ως υπερκείμενη αρχή είναι αυτή που καθορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές των αναθετουσών που υπάγονται σε αυτήν. Κατά τον προσφεύγοντα όμως, η παράλειψη του παραπάνω όρου στην προκείμενη διακήρυξη θίγει τον υγιή ανταγωνισμό και την αρχή της ισότητας, διότι οι προσφέροντες που επιθυμούν να υποβάλουν προσφορά στον επίδικο διαγωνισμό, σε συνδυασμό με τη συμμετοχή τους σε άλλους διαγωνισμούς της 7^{ης} ΥΠΕ που διενεργούνται ή θα διενεργηθούν παράλληλα, όπως όσον αφορά τον με αρ. 1123/2018 διαγωνισμό του ΓΝ Άγιος Νικόλαος με καταληκτική ημερομηνία προσφορών την 5.3.2018, αναλαμβάνουν έξοδα και επενδύσεις, όπως τη δημιουργία και διατήρηση κατάλληλων αποθηκευτικών χώρων στην Κρήτη, με αποτέλεσμα να βρίσκονται σε δυσχερέστερη θέση με όσους θα επιλέξουν να προσφέρουν μόνο στον προκείμενο διαγωνισμό που δεν περιλαμβάνει τέτοιο όρο και έτσι, κατά τον προσφεύγοντα, προσβάλλεται η ισότιμη μεταχείρισή τους. Για τους παραπάνω λόγους, ο προσφεύγων ζητά να τροποποιηθεί η διακήρυξη, όσον αφορά τον πρώτο λόγο, με την εισαγωγή διαζευκτικής απαίτησης για άδεια κυκλοφορίας ή για άδεια παραγωγής μετά δηλώσεως των προσφερόντων, στη δεύτερη επιλογή, ότι θα λάβουν έως την 30-6-2018 άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ και θα προσκομίσουν αυτήν την 1-7-2018 στην αναθέτουσα. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, να συμπεριληφθεί όρος κατά τον οποίο η μεταφορά του αερίου θα πρέπει να λάβει χώρα με ειδικά πλοία που μεταφέρουν επικίνδυνα φορτία, να διευκρινίζεται και να τεκμηριώνεται από τον προμηθευτή πως θα διασφαλίσει απρόσκοπτη και αδιάλειπτη προμήθεια σε περίπτωση απαγόρευσης απόπλου, η δε επιτροπή διαγωνισμού θα κρίνει περί της επάρκειας της σχετικής τεκμηρίωσης.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 23-2-2018 και με αρ. πρωτ. 1821 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ παραπέμπει στο έγγραφο του Υποδιευθυντή τεχνικού τμήματος της και μέλους της Επιτροπής Προδιαγραφών αυτής, ο οποίος αναφέρει ότι εντός της διακήρυξης και στις Τεχνικές Προδιαγραφές της, υφίσταται όρος περί άδειας παραγωγής και ότι θεωρεί ότι πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο

Αριθμός απόφασης: 176/2018

εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, παραγόμενο τεκμήριο γνώσης την 15^η ημέρα από την από 30-1-2018 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι μετά την 8-2-2018 που δηλώνει ο προσφεύγων ως χρόνο γνώσης εντός του εντύπου της προσφυγής του, η δε προσφυγή ασκήθηκε την όγδοη, από τη δηλούμενη γνώση της προσβαλλομένης ημέρα, ήτοι 16-2-2018), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον ίδιο τον προσφεύγοντα ως φυσικό πρόσωπο. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής, αφού ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον οικείο κλάδο έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, οι δε όροι που προσβάλλει, όπως επικαλείται, πλήττουν την ισότιμη μεταχείρισή του, το δε περαιτέρω ειδικώς συντρέχον έννομο συμφέρον του ως προς κάθε επιμέρους εντός κάθε επιμέρους λόγου του, ισχυρισμό, θα κριθεί μετά της εξετάσεως της ουσίας αυτού. Πάντως, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, αυτός προβάλλεται μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, αφού η, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, παράλειψη θέσπισης δια της διακηρύξεως υποχρεωτικής νομοθετικά αδείας για τη σύναψη της σύμβασης, εξομοιώνει κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, τους συμμορφούμενους με τη διέπουσα την οικεία προμήθεια νομοθεσία, οικονομικούς φορείς με αυτούς που τυχόν θα την παραβούν. Εξάλλου, για την παραδεκτή καταρχήν άσκηση της προσφυγής αρκεί η παραδεκτή προβολή έστω και ενός λόγου δι' αυτής, ασχέτως δε του παραδεκτού όλων των επιπλέον τυχόν προβαλλόμενων δι' αυτής λόγων. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, όπως έγινε δεκτό με τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ 120 και 130/2018, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής. Δυνάμει της ΚΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 «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 (L 311/28.11.200), όπως ισχύει και όπως

Αριθμός απόφασης: 176/2018

τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2011/62/ΕΕ...» (ΦΕΚ Β΄ 1049/29-4-2013) άρθρα 2 (Σκοπός-Ορισμοί) παρ. 1, 7 (Άδεια κυκλοφορίας στην αγορά) παρ. 1, 57-59, 63, 66 και 175 και την υπ' αριθμ. CHMP/QWP/1719/00 Rev 1/2007 «Κατευθυντήρια Γραμμή για τα Φαρμακευτικά Αέρια» του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Φαρμάκων [Guidelines on Medicinal Cases, European Medicines Agency] προκύπτει, ότι το προαναφερόμενο ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο) υπάγεται στη νομική έννοια του φαρμάκου έτσι ώστε να μην επιτρέπεται η διακίνησή του, πολύ περισσότερο ο εφοδιασμός δημοσίου νοσοκομείου, δίχως άδεια κυκλοφορίας (βλ. ΔΕΚ C-84/06, Antroposana κ.λπ., ECLI:EU:C:2007:535, σκέψη 35), η οποία χορηγείται από τον ίδιο τον Ε.Ο.Φ. (βλ. μεταξύ άλλων: την υπ' αριθ. πρωτ. 400035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» Προέδρου Ε.Ο.Φ. υπ' αριθ. 1, την υπ' αριθ. 62060 απόφαση Προέδρου Ε.Ο.Φ. «Τροποποίηση της υπ' αριθ. 0-833/18η/6.10.08 Απόφασης ΔΣ/Ε.Ο.Φ. (ΦΕΚ 135 Β΄/29.01.2009) περί “Καθορισμού των Κατευθυντηρίων Γραμμών της Ε.Ε. σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα Φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης” όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αριθ. 23022 Απόφαση (ΦΕΚ Β΄779/29.4.09) και 69251 Απόφαση (ΦΕΚ Β΄2255/20.10.09)» (ΦΕΚ Β΄ 1586/30.9.2010), αλλά και τις προσκομιζόμενες υπ' αριθ. πρωτ. 50686/12.06.2017 απόψεις, ενώπιον του ΣτΕ, του Ε.Ο.Φ., σελ. 7-9, εκδοθείσης της απόφασης 193/2017 του Δ΄ Τμήματος Αναστολών, ως κατωτέρω αναφέρονται. Ο δε Ε.Ο.Φ., έχοντας συσταθεί για τον έλεγχο της νόμιμης κυκλοφορίας των φαρμάκων προς προάσπιση της δημόσιας υγείας (Ν. 1316/1983 ΦΕΚ Α΄ 3, όπως ισχύει), ανάρτησε ειδικά στην ιστοσελίδα του αρχικά στις 10.2.2017, εν συνεχεία και πάλι στις 28.4.2017 την υπ' αριθ. πρωτ. 40035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» (όπως τιτλοφορείται), σύμφωνα με την οποία: «2. Επειδή, λόγω των ερωτημάτων που περιέρχονται στον Ε.Ο.Φ., διαπιστώνεται ότι υπάρχει σύγχυση στον χώρο, καθώς οι εταιρείες παραγωγής και διακίνησης ιατρικών αερίων στην Ελλάδα, διαθέτουν μεν άδεια δυνατότητας παραγωγής, πλην όμως δεν διαθέτουν όλες άδεια κυκλοφορίας (κάποιες έχουν λάβει άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ., άλλες βρίσκονται σε διαδικασία εξέτασης του αιτήματος άδειας κυκλοφορίας και άλλες αναμένεται να συμμορφωθούν), καλούνται όλες οι ενδιαφερόμενες εταιρείες να υποβάλουν άμεσα αίτηση χορήγησης άδειας κυκλοφορίας για τα εν λόγω προϊόντα με την κατάλληλη τεκμηρίωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από τη φαρμακευτική νομοθεσία. Προκειμένου να μην εμφανισθεί πρόβλημα έλλειψης σε ιατρικά αέρια στα νοσοκομεία, χορηγείται εύλογος χρόνος

Αριθμός απόφασης: 176/2018

συμμόρφωσης των εταιρειών που ήδη διαθέτουν άδεια δυνατότητας παραγωγής, αλλά όχι και άδεια κυκλοφορίας, ο οποίος ορίζεται έως την 30/6/2018. Μετά την ημερομηνία αυτή, δεν θα δύναται να κυκλοφορήσει ιατρικό αέριο χωρίς άδεια κυκλοφορίας». Κατά της «Ανακοίνωσης» αυτής προσέφυγε ενώπιον του ΣΤΕ, η εταιρεία «...», καταθέτοντας την από 11.4.2017 και με Αριθμό Κατάθεσης 1115/2017 Αίτηση Ακύρωσης, δικάσιμος της οποία ορίστηκε η 24.10.2017, στη συνέχεια η 30.1.2018 και πλέον η 05.06.2018, απορριφθείσης της αντίστοιχης από 24.5.2017 και με Αριθμό Κατάθεσης 121/2017 Αίτηση Αναστολής της, δυνάμει της απόφασης 193/2017 του Δ΄ Τμήματος Αναστολών. Το δε νομικό ζήτημα που τίθεται από την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή έγκειται στο κατά πόσο είναι σύμφωνος με το ενωσιακό και ελληνικό δίκαιο όρος διακήρυξης νοσοκομείου, η οποία δεν επιβάλλει στον συμμετέχοντα στον αντίστοιχο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθευτή συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (άρθρο 54 Ν. 4412/216) (βλ. ΔΕΕ C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 74), συνιστάμενη στην απαίτηση να κατέχει όχι μόνο άδεια παραγωγής αλλά επιπλέον άδεια κυκλοφορίας ιατρικού αερίου για την έκδοση της οποίας αρμόδιος είναι ο Ε.Ο.Φ.

6. Επειδή, το νομικό αυτό ζήτημα ετέθη ήδη επανειλημμένα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., και εκδόθηκαν οι κατωτέρω αναφερόμενες αποφάσεις αυτής. Προ αυτών εξάλλου, υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς περί έννομης προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, Ν. 3886/2010, είχαν ήδη εκδοθεί – κατά τον χρόνο που οι αντίστοιχες πρώτες Προδικαστικές Προσφυγές κατατέθηκαν στην Α.Ε.Π.Π. προς εξέταση – οι υπ' αριθ. ΣΤΕ (Δ΄ Τμήμα Αναστολών) 193/21.08/2017 και ΔΕφΛαρ (Αναστ. / Τμήμα Γ΄ Τριμελές) 26/22.06.2017 απορριπτικές αποφάσεις των αιτημάτων αναστολής της παρεμβαίνουσας εταιρείας, «...» καθώς και οι ΔΕφΠατρ (αναστ.) Ν29/23.06.2017 και ΜονΔΕφΧανίων (αναστ.) 10/24.03.2017, με τις οποίες γίνονταν αποδεκτές αντίστοιχες αιτήσεις αναστολής. Με την υπ' αριθ. 14/30.08.2017 Απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, κρίθηκε ότι «8. ... Κατά τη σαφή έννοια της ως άνω πράξης [Ανακοίνωσης Προέδρου ΕΟΦ] χορηγείται ειδικώς στις επιχειρήσεις που κατά τον παραπάνω χρόνο έκδοσής της είχαν άδεια παραγωγής ιατρικών αερίων ... καταληκτική προθεσμία ως και την 30.06.2018, ώστε να αποκτήσουν έως τότε άδεια κυκλοφορίας, μετά την πάροδο της οποίας δεν θα μπορούν να κυκλοφορούν τέτοιο προϊόν. Τούτο προφανώς σημαίνει ... ότι έως την 30.06.2018, ο ως άνω προσδιορισμένος κύκλος επιχειρήσεων-κατόχων άδειας παραγωγής έχει το δικαίωμα ελεύθερης και ισότιμης διακίνησης και κυκλοφορίας

των προϊόντων αυτών προς οποιονδήποτε προμηθευόμενο, ..., ανεξαρτήτως αν κατέχουν ή όχι άδεια κυκλοφορίας, καθώς έως και την ημερομηνία αυτή η κατοχή τέτοιας άδειας δεν συνιστά προϋπόθεση της σύννομης καθ' οιονδήποτε τρόπο διακίνησης, πώλησης και προμήθειας του αερίου... 9. Επειδή, από την παραπάνω ... διατύπωση της Ανακοίνωσης ("χορηγείται εύλογος χρόνος... ο οποίος ορίζεται έως την 30.06.2018") δεν καταλείπεται περιθώριο διαπίστωσης τυχόν πληροφοριακού, ενημερωτικού, ενδοτικού ή αποκείμενου περί την τήρησή του στη διακριτική ευχέρεια οιασδήποτε έτερης διοικητικής (αναθέτουσας ή μη) αρχής, χαρακτήρα του σκέλους του αποφασιστικού περιεχομένου ... 10. ... δεδομένου ότι η παραπάνω κυκλοφορία και για το ως άνω κρίσιμο χρονικό διάστημα θα πρέπει να λογίζεται ως νόμιμη και συγχρόνως, για το ίδιο διάστημα, η κατοχή άδειας κυκλοφορίας δεν συνιστά υποχρεωτικό όρο ή προσόν για την προμήθεια, αντιστρόφως όρος διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ο οποίος θέτει τέτοια κατοχή ως υποχρεωτική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στη διαδικασία, αποκλείει τους υποψήφιους προμηθευτές και συνακόλουθα και τον ανταγωνισμό, βάσει προσόντος άνευ ερείσματος σε υποχρεωτικό κανόνα δικαίου (κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού). Αν η πράξη Προέδρου Ε.Ο.Φ. που χορήγησε το παραπάνω προσωρινό δικαίωμα ελεύθερης κυκλοφορίας, εκδόθηκε καθ' υπέρβαση αρμοδιότητας, με εσφαλμένη αιτιολογία, μη νομίμως, άνευ λόγου δημοσίου συμφέροντος, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης ή άνευ επικύρωσης από το Δ.Σ. ΕΟΦ, συνιστά κανονιστική ή ατομική πράξη ή αντιβαίνει σε κανονιστική διάταξη υπέρτερης τυπικής ισχύος, αποτελούν ζητήματα που αφορούν αυτή καθαυτή τη νομιμότητα ή την ισχύ της πράξης αυτής και όχι το περιεχόμενό της... 12. ... Επομένως, έως και τον χρόνο εξέτασης από την ΑΕΠΠ της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, η παραπάνω πράξη της Προέδρου ΕΟΦ δεν έχει ακυρωθεί δικαστικώς, δεν έχει ανακληθεί διοικητικώς από τον μόνο προς τούτο αρμόδιο ΕΟΦ ούτε έχει ανασταλεί η ισχύς της με δικαστική απόφαση [γεγονός εξακολουθούμενο και σήμερα, βλ. κατωτέρω σκέψη 23] και συνεπώς, βάσει του παραπάνω μνημονευθέντος τεκμηρίου νομιμότητας, τελεί ακόμη σε πλήρη ισχύ, παράγει κάθε έννομη συνέπεια και δεσμεύει κάθε διοικητική αρχή, συμπεριλαμβανομένης της ΑΕΠΠ, η οποία δεν είναι αρμόδια για τυχόν παρεμπόπτουσα κρίση επί της νομιμότητάς της και οφείλει να τη λάβει υπόψη ως δεδομένη. Επιπλέον, δεν έχει ακόμη εκδοθεί ούτε τυγχάνει επίκλησης από τον παρεμβαίνοντα οριστική δικαστική απόφαση, η οποία έκρινε έστω και

Αριθμός απόφασης: 176/2018

παρεμπιπτόντως επί της νομιμότητας της παραπάνω πράξης... 13. ... ο διαγωνισμός διενεργείται και η προμήθεια θα εκκινήσει εντός του χρονικού διαστήματος που ορίζει η παραπάνω πράξη (έως 30.06.2018). Η δε σαφής έννοια της πράξης αυτής είναι ότι οι κάτοχοι άδεια παραγωγής (και όχι κυκλοφορίας) δικαιούνται να εκτελούν πράξεις προμήθειας του προϊόντος (ανεξαρτήτως διάρκειας και καταληκτικού χρόνου της τυχόν σύμβασης βάσει της οποίας θα προμηθεύουν) έως και την 30.06.2018 και όχι ότι δικαιούνται απλώς να συνάπτουν συμβάσεις με αποκλειστική διάρκεια έως και την 30.06-2018... 16. ...Επίσης, δεν υφίσταται κανένα στοιχείο στη διάθεση του Κλιμακίου ή το οποίο προσκομίζει ο παρεμβαίνων, το οποίο μπορεί να οδηγήσει έστω και σε υπόθεση περί κινδύνου της δημόσιας υγείας ή του εν γένει δημοσίου συμφέροντος από την επάρκεια της άδειας παραγωγής και τη μη απαίτηση άδειας κυκλοφορίας έως την 30.6.2018...19. .. Επομένως, η εισαγωγή αυτού του όρου στην προκείμενη Διακήρυξη έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της ισότιμης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων, αφού επί της ουσίας αφαιρεί, από καταρχήν δικαιούμενους σε ελεύθερη διάθεση του προϊόντος, άρα φορείς που δικαιούνταν έως και την 30.06.2018 ισότιμη μεταχείριση με τους κατόχους άδειας κυκλοφορίας, τη δυνατότητα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης...». Ακολούθως εξεδόθη η υπ' αριθμ. 50/27.09.2017 Απόφασή του 4^{ου} Κλιμακίου, στις σκέψεις 12, 13 και 14 της οποίας αναφέρονται κατά παραπομπή οι ανωτέρω σκέψεις 8, 9, 10, 12, 13, 16 και 19 της προαναφερόμενης 14/2017 απόφασης του 6^{ου} Κλιμακίου. Με την απόφαση αυτή, 50/2017, έγιναν δεκτά τα κάτωθι: «9. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου της Προσφυγής καθώς και την έρευνα στο ΕΣΗΔΗΣ/ΚΗΜΔΗΣ που διεξήγαγε το παρόν Κλιμάκιο για αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς που προκήρυξαν τα μεγαλύτερα Νοσοκομεία της Ελλάδας τα τελευταία χρόνια για το κρίσιμο υπό προμήθεια υγρό ιατρικό οξυγόνο, προέκυψε, πως πράγματι υφίσταται σαφής διαφοροποίηση στις αντίστοιχες νοσοκομειακές διακηρύξεις, όπου ορισμένα Νοσοκομεία απαιτούν για την προμήθεια υγρού οξυγόνου ως απαραίτητη, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τεχνική προδιαγραφή (άρθρα 54, 75 Ν. 4412/2016) νόμιμη άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ: βλ. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 01/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ελευσίνας «ΘΡΙΑΣΙΟ» για τον «Ηλεκτρονικό ανοικτό τακτικό διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας Οξυγόνου (CPV 24111900-4)» ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε΄ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 39, και την υπ' αριθμ. 6291/26-10-2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ηλείας – Ν.Μ.

Αριθμός απόφασης: 176/2018

Αμαλιάδας για την «Προμήθεια του είδους “Υγρό Οξυγόνο” για την κάλυψη των αναγκών της Ν.Μ. Αμαλιάδας» ΜΕΡΟΣ Ε΄: ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 17. Αντιθέτως, άλλα Νοσοκομεία παραλείπουν την απαίτηση αυτή μεταξύ των ελάχιστων όρων που πρέπει να περιλαμβάνει η Διακήρυξη: βλ. όμως ενδεικτικά την υπ’ αριθμ. 38/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Καρδίτσας για τον «Πρόχειρο ανοιχτό διαγωνισμό για την προμήθεια “ιατρικά αέρια” (24111500-0) (ΥΓΡΟ ΟΞΥΓΟΝΟ) με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή» στην παρ. 6 (ΤΡΟΠΟΣ ΣΥΝΤΑΞΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ) σελ. 5 της οποίας προκύπτει πως το Νοσοκομείο αρκούσαν σε άδεια παραγωγής και εμφιάλωσης (και όχι περαιτέρω άδεια κυκλοφορίας), όπως ακριβώς συνέβη και με την προσβαλλόμενη εν προκειμένω Διακήρυξη του Γ.Ν.Θ. η οποία απαιτούσε ρητά άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ μόνο για το αέριο οξυγόνο, ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 59. ... 15. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις, πρέπει να γίνει δεκτή η γνώμη του βου Κλιμακίου, στην οποία συντάσσεται και το παρόν 4ο Κλιμάκιο, για την ενιαία αντιμετώπιση του νομικού ζητήματος από την Αρχή. Ιδιαίτερα για την αποσόβηση του κινδύνου σύγχυσης που επικρατεί, τουλάχιστον μέχρι τις 30.06.2018 (καταληκτική ημερομηνία συμμόρφωσης), στην ελληνική φαρμακευτική αγορά όσον αφορά την προμήθεια υγρού οξυγόνου από τα νοσοκομεία της Χώρας μας, δεδομένου πως επί του παρόντος βρίσκονται σε εξέλιξη δημόσιοι διαγωνισμοί υπό το καθεστώς του Ν. 4412/2016 στους οποίους συμμετέχουν οικονομικοί φορείς επικαλούμενοι ευθέως δικαιώματα απορρέοντα εκ της παραπάνω “Ανακοίνωσης” του Προέδρου ΕΟΦ, ανεξάρτητα της νομικής σαφήνειας και της υποχρεωτικότητας-εκτελεστότητας της “Ανακοίνωσης” η οποία θα κριθεί από το ΣτΕ τελικώς. Κυρίως όμως για να μην κινδυνεύσει η δημόσια υγεία κατά το άρθρο 21 παρ. 3 και 168 ΣΛΕΕ από τη δημιουργία μιας μονοπωλιακής αγοράς όπου για τους επόμενους μήνες, ήτοι μέχρι τις 30.6.2018, μέχρι τον σταδιακό εφοδιασμό αρκετών φαρμακευτικών εταιριών με την επίμαχη άδεια εκμετάλλευσης, τα δημόσια νοσοκομεία της Χώρας μας θα αναγκάζονται να προμηθεύονται μόνο από εκείνες τις γνωστές πλην ελάχιστες εταιρίες οι οποίες διαθέτουν νόμιμη άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, οι δε νοσοκομειακές ανάγκες σε πανελλήνιο επίπεδο είναι αδύνατο να μπορέσουν να καλυφθούν ταυτοχρόνως από τις εταιρίες αυτές (βλ. τη σελ. 9 από τις παραπάνω υπ’ αριθμ. πρωτ. 50686/12.6.2017 απόψεις του ΕΟΦ επί της ΣτΕ Δ΄ Τμ. (Αναστ.) 193/2017, όπου αναφέρεται πως τον Ιούνιο 2017 μόλις 3 εταιρίες, μαζί με τη νυν

Αριθμός απόφασης: 176/2018

προσφεύγουσα, είχαν ήδη εφοδιαστεί με την επίμαχη άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό, ενώ αναμενόταν άμεσα η έκδοση μίας ακόμη αντίστοιχης άδειας)». Περαιτέρω, εκδόθηκε και η υπ' αριθ. 138/16.11.2017 απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. στην οποία περιέχονται όλες οι ανωτέρω κρίσιμες σκέψεις των προγενέστερων αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ειδικώς σκέψεις 7-9), η οποία κρίνοντας επί άλλης Προδικαστικής Προσφυγής της προσφεύγουσας, «...» «ακύρωσε τον όρο 1 της σελ. 3 της [προηγούμενης] Διακήρυξης 39/2017 του ΑΝΘ "ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ" (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: 46792) (ΑΔΑΜ: 17PROC002042693 2017-10-05), κατά το κεφάλαιο που απαιτούσε οι προμηθευτές υγρού οξυγόνου να πρέπει να διαθέτουν επί ποινή αποκλεισμού για την υποβολή προσφοράς άδεια κυκλοφορίας ΕΟΦ (ΚΥΑ ΟΥΓ3α/32221/2013, ΦΕΚ Β 1049), δίνοντας εύλογη προθεσμία παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για τον συγκεκριμένο δημόσιο Διαγωνισμό προς ενημέρωση των υποψηφίων οικονομικών φορέων», με συνέπεια ακολούθως η αναθέτουσα αρχή, όπως επισημαίνει στις υπ' αριθμ. πρωτ. 1527/23.01.2018 απόψεις της τις οποίες ανήρτησε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., σε συμμόρφωση με την ανωτέρω Απόφαση (βλ. άρθρο 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και 18 παρ. 5 Π.Δ. 39/2017) προχώρησε σε νέα δημόσια διαγωνιστική διαδικασία μέσω επαναπροκήρυξης του κρίσιμου Διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕΦΑΘ (αναστολ.) 116/2017). Ομοίως έκρινε και η υπ' αριθ. 144/20.11.2017 απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ειδικώς σκέψεις 7-10), η οποία απέρριψε Προδικαστική Προσφυγή της παρεμβαίνουσας, «... η οποία έβαλε κατά της υπ' αριθμ. 13694/2017 Διακήρυξης «Ανοιχτής διαδικασίας (άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016) για την προμήθεια υγρού οξυγόνου για τις ανάγκες του ΓΝ ΑΙΤΩΛΟΑΚΑΡΝΑΝΙΑΣ (ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΕΣ ΜΟΝΑΔΕΣ ΑΓΡΙΝΙΟΥ – ΜΕΣΟΛΟΓΓΙΟΥ (Κωδικός CPV 24111900-4)» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 45102) (ΑΔΑΜ: 17REQ002070760 2017-10-11), επιδιώκουσα η εταιρία αυτή να συμπεριληφθεί για την προμήθεια του υγρού οξυγόνου η υποχρέωση κατοχής και προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 137/15.11.2017 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου έγινε δεκτή Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας, «... κατά της υπ' αριθ. 14.1./2017 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου Δράμας (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 46400.1) (ΑΔΑΜ: 17PROC001980772 2017-22-09) και απέρριψε την παρέμβαση της, «...», επικαλούμενη την υπ' αριθμ. πρωτ. 95939/24.10.2017 Επιστολή του Ε.Ο.Φ. την οποία απέστειλε ο Οργανισμός σε απάντηση της Πράξης 34/2017 του Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, συνταχθείσα και

Αριθμός απόφασης: 176/2018

αποσταλείσα σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 12 παρ. 4 του Π.Δ. 39/2017, η οποία (Επιστολή) δικαιολογούσε τα περί του αντιθέτου έως τότε κρινόμενα (βλ. ειδικώς σκέψεις 6, 7, 8, και 9).

7. Επειδή, ήδη κατά τον χρόνο εξέτασης της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχουν όλως προσφάτως εκδοθεί, σε επίπεδο παροχής προσωρινής προστασίας η ΔΕφΘεσ 126/16.11.2017, με την οποία έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. ΑΝ150/09.10.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ' αριθ. 50/2017 απόφασης του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. που κατέθεσε η, «...» και η ΔΕφΠατρών Ν1/17.01.2018, με την οποία ομοίως έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. ΑΝ70/01.12.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ. αριθ. 144/2017 απόφασης του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π της «...». Με την ΔΕφΘεσ 126/2017 απόφαση έγινε δεκτό ότι «10. ... σύμφωνα με τις διατάξεις που εκτέθηκαν στην 7η σκέψη της παρούσας, τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων και για τη διακίνησή τους απαιτείται άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Εξάλλου, η επίμαχη Ανακοίνωση του Προέδρου του ΕΟΦ δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία έχει κανονιστικό χαρακτήρα και νομιμοποιεί μέχρι την 30.06.2018 τη διακίνηση ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό (ΕΟΦ). Σε κάθε περίπτωση δε, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι η πιο πάνω Ανακοίνωση συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη κανονιστικού χαρακτήρα, η οποία (εφόσον στηρίζει την επιλογή της αναθέτουσας Αρχής να μην απαιτήσει από τους συμμετέχοντες στον ένδικο διαγωνισμό για την προμήθεια υγρού οξυγόνου την κατοχή και προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ) ελέγχεται παρεμπιπτόντως στα πλαίσια της αίτησης αναστολής προκειμένου να κριθεί αν συντρέχει λόγος να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005, ΣτΕ 367/2001), η έκδοσή της δεν φαίνεται να στηρίζεται στο άρθρο 6 παρ. 8 του ν. 1316/1983 (ΦΕΚ Α' 3), το οποίο αφορά σε λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας από προϊόντα των οποίων η παραγωγή, η εισαγωγή, η διακίνηση και γενικώς η κυκλοφορία δεν ανταποκρίνονται στις νόμιμες προδιαγραφές και πάντως απαιτεί τα μέτρα αυτά να επικυρώνονται με απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, προεχόντως διότι δεν προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια εγκριτική της ανακοινώσεως πράξη του Δ.Σ. του Οργανισμού. Επίσης, η έκδοση της εν λόγω πράξεως δεν φαίνεται να στηρίζεται ούτε στο άρθρο 3 παρ. 8 του ίδιου νόμου, το οποίο αφορά στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται

Αριθμός απόφασης: 176/2018

στο νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Ενόψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμος και κατά πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός που προέβαλε η αιτούσα με την προδικαστική προσφυγή της και επαναφέρει τώρα με την κρινόμενη αίτηση, ότι η ένδικη διακήρυξη παρανόμως παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον ένδικο διαγωνισμό απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ.

11. Επειδή, περαιτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι δεν προκύπτει από τα περιλαμβανόμενα στο φάκελο στοιχεία ότι υφίσταται πρόβλημα επάρκειας της αγοράς σε ιατρικά αέρια, ώστε να ερευνηθεί αν συντρέχει εν προκειμένω επιτακτικός λόγος γενικού δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει την απόρριψη της αίτησης. Επιπρόσθετα, λαμβάνει υπόψη ότι το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει τη νόμιμη κυκλοφορία προϊόντος που χαρακτηρίζεται ως φάρμακο, αλλά και την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία προς σύναψη δημόσιας σύμβασης. Ενόψει αυτών, σταθμίζοντας τα εκατέρωθεν συμφέροντα, κρίνει ότι πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση για τον λόγο που, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πιθανολογήθηκε ως βάσιμος...». Οι ίδεις ακριβώς ανωτέρω σκέψεις επαναλαμβάνονται και στην ΔΕφΠατρ Ν1/2018 απόφαση, όπου γίνεται δεκτό ότι: «8. Σύμφωνα με τις διατάξεις που εκτέθηκαν στην 6η σκέψη, τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων, υποκείμενα έτσι στη διαδικασία αδειοδότησεως των φαρμάκων, με προφανή συνέπεια να απαιτείται για τη νόμιμη διακίνησή τους άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Εξάλλου, η προδιαληφθείσα Ανακοίνωση της Προέδρου του Οργανισμού δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, έχουσα κανονιστικό χαρακτήρα και νομιμοποιούσα έως τις 30.06.2018 τη διακίνηση ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ ..., κάτι άλλωστε που, όπως προελέχθη, έχει ήδη αποδειχθεί ρητώς και ο τελευταίος. Σε κάθε περίπτωση πάντως, δηλαδή και υπό την εκδοχή ότι η ως άνω Ανακοίνωση συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη με κανονιστικό χαρακτήρα, η οποία (εφόσον στηρίζει την επιλογή της αναθέτουσας Αρχής να μην απαιτήσει από τους συμμετέχοντες στον ένδικο διαγωνισμό για την προμήθεια υγρού οξυγόνου την κατοχή και προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ) ελέγχεται παρεμπιπτόντως στα πλαίσια της αιτήσεως αναστολής, προκειμένου να κριθεί αν συντρέχει λόγος να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005), η έκδοσή της δεν φαίνεται να στηρίζεται στο άρθρο 6 παρ. 8 του

Αριθμός απόφασης: 176/2018

ν. 1316/1983, το οποίο αφορά σε λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας από προϊόντα των οποίων η παραγωγή, η εισαγωγή, η διακίνηση και γενικώς η κυκλοφορία δεν ανταποκρίνονται στις νόμιμες προδιαγραφές και πάντως απαιτεί τα μέτρα αυτά να επικυρώνονται με απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, προεχόντως διότι δεν προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια εγκριτική της ανακοινώσεως πράξη του Δ.Σ. του Οργανισμού. Επίσης, η έκδοση της εν λόγω πράξεως δεν φαίνεται να στηρίζεται ούτε στο άρθρο 3 παρ. 8 του ίδιου νόμου, το οποίο αφορά στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στον νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Ενόψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος –και κατά συνέπεια πρέπει να γίνει δεκτός– ο ισχυρισμός που προέβαλε η αιτούσα με την προδικαστική προσφυγή της και επαναφέρει τώρα με την κρινόμενη αίτηση, ότι η ένδικη διακήρυξη παρανόμως παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον ένδικο διαγωνισμό απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ. Περαιτέρω, λαμβανομένου υπόψη ότι: 1) από τα έγγραφα της δικογραφίας δεν προκύπτει, αφού δεν παρατίθενται συγκεκριμένα αριθμητικά στοιχεία, ότι υφίσταται πρόβλημα επάρκειας της αγοράς σε ιατρικά αέρια (ισχυρισμό, άλλωστε, που η αιτούσα κατηγορηματικώς αποκρούει), ώστε να ερευνηθεί αν συντρέχει εν προκειμένω επιτακτικός λόγος γενικού δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει την απόρριψη της κρινόμενης αιτήσεως, και 2) το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει τη νόμιμη κυκλοφορία προϊόντος που χαρακτηρίζεται ως φάρμακο, αλλά και την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, κρίνεται ότι πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση για τον λόγο που, κατά τα εκτεθέντα, στην προηγούμενη σκέψη, πιθανολογήθηκε ως βάσιμος...». Από τις προαναφερόμενες δύο, λίαν προσφάτως, εφετειακές αποφάσεις, εναργώς προκύπτει, μετά ενός έτους από τη δημοσίευση της προσβαλλόμενης ως άνω Ανακοίνωσης του Ε.Ο.Φ. (βλ. σκέψη 13), η οποία γέννησε τις αντίστοιχες δικαστικές αντιδικίες ως ανωτέρω αναλυτικά αναφέρονται, μία σαφής νομική κατεύθυνση και τάση της νομολογίας, την οποία και ακολουθούν τα ακυρωτικά διοικητικά εφετεία. Ομοίως δε με τις προαναφερόμενες δύο εφετειακές αποφάσεις, έκρινε και η υπ' αριθ. 120/2018 απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., με την οποία έγινε δεκτή έτερη Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας

Αριθμός απόφασης: 176/2018

«...» και ακυρώθηκε η παράλειψη της με αριθμ. 64/2017 Διακήρυξης του ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” περί «Ανοιχτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων για την προμήθεια οξυγόνου (Κωδικός CPV: 24111900-4) έως του ποσού των €120.000 συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 51626) καταχωρηθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: 18PROC002517254 2018-01-02, να συμπεριλάβει στις Τεχνικές Προδιαγραφές για το Υγρό Οξυγόνο, ήτοι στον όρο 1 της σελ. 3 της Διακήρυξης, την υποχρέωση των προμηθευτών να διαθέτουν πέρα από την άδεια παραγωγής υγρού οξυγόνου για ιατρική χρήση από τον Ε.Ο.Φ. επιπλέον αντίστοιχη άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό. Ομοίως, έκρινε και η Απόφαση 5^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. 130/2018 απορρίπτοντας την προσφυγή της «...» κατά της υπ’ αριθ. 35/2017 Διακήρυξης του Γ.Ν. Καρδίτσας και κρίνοντας ότι νομίμως με την τελευταία ζητήθηκε η κατοχή άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. από τους προσφέροντες για την προμήθεια ιατρικών αερίων. Περαιτέρω, η Α.Ε.Π.Π. υπάγεται στην έννοια της διοικητικής αρχής που ανήκει στο νομικό πρόσωπο του Κράτους, ώστε αυτονόητα να μην της επιτρέπεται να ανεξαρτητοποιείται από τις αποφάσεις οριστικής ή προσωρινής δικαστικής προστασίας των διοικητικών δικαστηρίων, τις οποίες οφείλει να σέβεται και να εφαρμόζει. Ούτως, η Α.Ε.Π.Π. υποχρεούται, αναφορικά το επίμαχο νομικό ζήτημα, όπως ακολουθήσει τη διαμορφωθείσα, πλέον, νομική κατεύθυνση σε επίπεδο συγκριτικής νομολογίας, ως ανωτέρω αναφέρεται, στο κείμενο δε των αντίστοιχων ανασταλτικών αποφάσεων γίνεται κοινά λόγος για «πιθανολόγηση βασιμότητας» των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της μη διαδίκου εν προκειμένω, εταιρίας, «...» έτσι ώστε να αναμένεται *fumus boni iuris* πως και η οριστική κρίση επί των Αιτήσεων Ακύρωσης των ανωτέρω δύο διαφορετικών διοικητικών εφετείων θα ακολουθήσει την κατεύθυνση αυτή οριστικά.

8. Επειδή, συνεπεία όλων των παραπάνω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων, υποκείμενα έτσι στη διαδικασία αδειοδότησεως των φαρμάκων, με προφανή συνέπεια να απαιτείται για τη νόμιμη διακίνησή τους άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Εξάλλου, η προδιαληφθείσα Ανακοίνωση της Προέδρου του Οργανισμού δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, έχουσα κανονιστικό χαρακτήρα και νομιμοποιούσα έως τις 30.06.2018 τη διακίνηση ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ, γεγονός που, όπως προελέχθη, έχει ήδη αποδειχθεί

Αριθμός απόφασης: 176/2018

ρητώς και ο τελευταίος, σε κάθε δε περίπτωση δεν φαίνεται να αφορά η Ανακοίνωση αυτή στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στον νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Εν όψει των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υπόψη διακήρυξη, στο Παράρτημα Στ' αυτής, μη νομίμως ορίζει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον εν θέματι διαγωνισμό δεν απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υπό προμήθεια υλικού, χορηγηθείσα από τον Ε.Ο.Φ., αλλά αρκεί απλώς άδεια παραγωγής. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός καθ' ο μέρος βάλλει κατά της παράλειψης της αναθέτουσας να περιλάβει στη διακήρυξη όρο περί υποχρεωτικής κατοχής άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ για τα προμηθευόμενα είδη. Δεν δύναται όμως να γίνει δεκτός κατά το έτερο σκέλος του, με το οποίο ζητά την τροποποίηση της διακήρυξης κατά τρόπο που εναλλακτικά με την ως άνω υποχρέωση περί κατοχής άδειας κυκλοφορίας από τους προσφέροντες, να προβλέπει αυτή την επάρκεια για το παραδεκτό της προσφοράς, άδειας παραγωγής μετά υπευθύνου δηλώσεως ότι ο τυχόν προσφέρων θα κατέχει άδεια κυκλοφορίας μετά την 30-6-2018 για την προμήθεια των οικείων ιατρικών αερίων. Σημειωτέον, πάντως, ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται βάσει των αυστηρώς προσδιοριζόμενων από το άρ. 367 Ν. 4412/2016 αρμοδιοτήτων της σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής, να τροποποιήσει η ίδια τους οικείους όρους, αλλά σε περίπτωση ακύρωσης παραλείψεως, όπως εν προκειμένω, αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή, ώστε αυτή στα πλαίσια της συμμορφώσεώς της με την Απόφαση της ΑΕΠΠ να προβεί η ίδια στις προκύπτουσες από την Απόφαση της ΑΕΠΠ τροποποιήσεις. Κατ' αποτέλεσμα και καθ' ερμηνεία του αιτητικού του πρώτου λόγου της προσφυγής, η οικεία παράλειψη της αναθέτουσας πρέπει να ακυρωθεί και να αναπεμφθεί η υπόθεση σε αυτήν, προκειμένου να την άρει με εκ μέρους της οικεία τροποποίηση της διακήρυξης.

9. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής προκύπτει ότι κατ' άρ. 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό όσον αφορά προσβολή διακήρυξης και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να

Αριθμός απόφασης: 176/2018

υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη, πράγμα που στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται και ανήκει στον εν γένει κύκλο των προσώπων που δύνανται μόνοι τους ή και σε σύμπραξη με άλλους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον, ναι μεν, εκτός των άλλων και κατ' αναλογία του άρ. 17 παρ. 1 ΠΔ 18/89 το οποίο εν προκειμένω, δεδομένου του χαρακτήρα της προσφυγής ως διοικητικής, θα πρέπει να εφαρμόζεται εισέτι ελαστικότερα υπέρ του συνόλου των διαδίκων, δεν απαιτείται να μνημονεύεται σε ειδικό κεφάλαιο της Προσφυγής ή να λαμβάνει χώρα πανηγυρική μνεία περί των στοιχείων που το συγκροτούν, αλλά αρκεί να προκύπτει από το σύνολο του δικογράφου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017), πλην όμως τούτο δεν αναιρεί ότι ο προσφεύγων φέρει το καταρχήν βάρος στοιχειοθέτησής τέτοιου εννόμου συμφέροντος, έστω καθ' ερμηνεία του δικογράφου (η οποία ερμηνεία όμως, προϋποθέτει μια έστω πραγματική βάση και κάποιο περιεχόμενο εκ του οποίου να μπορεί να συναχθεί και όχι απλώς να υποτεθεί τέτοιο συμπέρασμα, ήτοι περί συνδρομής εννόμου συμφέροντος). Ούτε μπορεί να φθάνει σε σημείο, ώστε η προδικαστική προσφυγή να τραπεί σε «actio popularis». Τούτο, διότι στην τελευταία αυτή περίπτωση αφενός θα παραβιαζόταν το ως άνω άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, το οποίο απαιτεί, κατά τα ανωτέρω, έστω ενδεχόμενο ίδιας ζημίας του προσφέροντος, το οποίο για να υφίσταται προϋποθέτει μια καταρχήν, έστω και συναγόμενη, πρόθεση συμμετοχής και σε κάθε περίπτωση δυνατότητα του οικονομικού φορέα να λάβει μέρος στη διαδικασία και να επιδιώξει με μια πιθανότητα επιτυχίας την ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, προαπαιτούμενο, το οποίο εξάλλου θα πρέπει να συντρέχει και για τη διάγνωση του καταρχήν προς τούτο συμφέροντός του (καθώς δεν είναι δυνατόν να υφίσταται «συμφέρον» προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης αν ο οικονομικός φορέας δεν προτίθεται ή δεν δύναται να επιδιώξει την ανάθεση αυτή στον ίδιο). Συνεπώς, η διατύπωση του άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντιθέτως επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος και εν προκειμένω ενδικοφανούς προσφυγής, η

Αριθμός απόφασης: 176/2018

οποία εξάλλου συνιστά αναγκαία προϋπόθεση για την περαιτέρω άσκηση τέτοιου ενδίκου βοηθήματος, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς, ούτως δε, η κατά την ως άνω διάταξη έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την παγία έννοια του «εννόμου συμφέροντος» στα πλαίσια της ακυρωτικής και διοικητικής δικονομίας ουσίας. Αφετέρου, ο εκ της ΑΕΠΠ τυχόν έλεγχος, υπό την έννοια του άρ. 367 παρ. 1-2 Ν. 4412, ήτοι κατατείνων στην ακύρωση πράξης ή παράλειψης του προσυμβατικού σταδίου, χωρίς να συνάγεται καν από το σύνολο του δικογράφου οικείο έννομο προς τούτο συμφέρον του προσφεύγοντος, θα συνιστούσε υπέρβαση αρμοδιότητας εκ μέρους της ΑΕΠΠ, αλλοιώνοντας τον ρόλο αυτής ως και του ίδιου του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής, τρέποντας τον από, κατ' άρ. 362 παρ. 1 και 367 παρ. 1-2 Ν. 44120, ειδικό, ήτοι κινούμενο επί τη βάσει συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών το βάρος επίκλησης των οποίων φέρει ο προσφεύγων, ο οποίος ούτως ορίζει το αντικείμενο της ελεγκτικής διαδικασίας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), σε καθολικό και αυτεπάγγελτο. Εξάλλου, ο σκοπός της ΑΕΠΠ ανάγεται, κατ' άρ. 347 παρ. 1 Ν. 4412/2016 στην *“επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών”* και τούτο *“ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής”* (η οποία, ούτως, ορίζει το αντικείμενο και τα όρια της διαφοράς, άρα και του εκ μέρους της ΑΕΠΠ ελέγχου) και πάλι μόνο αν αυτή η άσκηση έλαβε χώρα *“σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Τμήμα ΙΙ του παρόντος Τίτλου [άρ. 360-371 Ν. 4412/2016]”* (ήτοι παραδεκτώς) και όχι στον εν γένει έλεγχο νομιμότητας ή έγκριση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, κατά τα ως άνω προκύπτει ότι και για την προβολή κάθε επιμέρους λόγου της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να συντρέχει η στοιχειοθέτηση του εννόμου συμφέροντος ως και της ίδιας, άμεσης και προσωπικής ενδεχόμενης ζημίας από το κεφάλαιο της συγκεκριμένης προσβαλλομένης πράξης, το οποίο κεφάλαιο βάλλεται ειδικώς και συγκεκριμένα από τον επικαλούμενο λόγο, ενώ, σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων είναι αυτός που φέρει το βάρος επίκλησης της ιδιότητας και των στοιχείων που συγκροτούν το έννομο συμφέρον του (ΣΤΕ Β' Τμ. επταμ. 1898/2016, 2067/2016, 2068/2016).

10. Επειδή, ασχέτως της καταρχήν τουλάχιστον, αλυσιτέλειας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος που ανάγονται σε έτερες διαγωνιστικές διαδικασίες, λόγω της γενικής αρχής της αυτοτέλειας των διαδικασιών ανάθεσης

Αριθμός απόφασης: 176/2018

δημοσίων συμβάσεων και των εκεί αναπτυσσόμενων όρων της εκάστοτε υπό σύναψη σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, 318, 668/2006, ΔΕφΑΘ 33/2015 και ΓΔ, Τ-422/11 *Computer Resources International (Luxembourg) v Commission*, EU:T:2014:927), προκύπτουν τα ακόλουθα. Αφενός, ο προσφεύγων δεν δύναται μετ' εννόμου συμφέροντος, το οποίο εξάλλου πρέπει να είναι προσωπικό και άμεσο, να επικαλείται ζητήματα περί την ασφάλεια εφοδιασμού, καθώς το ζήτημα αυτό ανάγεται στη σφαίρα αρμοδιότητας και ευθύνης της αναθέτουσας, η οποία έχει την καταρχήν διακριτική ευχέρεια για την κατάστρωση των όρων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ενώ όποια συνδεόμενα με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας ζητήματα προβάλλονται εκ συμφέροντος τρίτου και συνεπώς απαραδέκτως, από τον ίδιο τον προσφεύγοντα, ο οποίος κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δύναται δια της προδικαστικής προσφυγής του να προσβάλλει πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας που επιφέρουν σε αυτόν ή διακινδυνεύουν εις βάρος του ιδίου, βλάβη. Ουδόλως δε, η ΑΕΠΠ κατέχει αρμοδιότητα αυτεπάγγελτης υπεισέλευσης στις διακηρύξεις, ήτοι ανεξαρτήτως της παραδεκτής και μετ' αμέσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος του ίδιου του προσφεύγοντος, προβολής συγκεκριμένου, ορισμένου και ειδικού ισχυρισμού κατ' αυτών και μάλιστα να κρίνει επί της σκοπιμότητας αυτών, της συσχετίσεώς τους με την τυχόν εξυπηρέτηση του αληθούς συμφέροντος της αναθέτουσας, πολλώ δε μάλλον να κρίνει αυτές συνδυαστικά και με συγκριτική ανάλυση της ευρύτερης κλαδικής ή τοπικής αγοράς και σε αντιπαραβολή με άλλες διαδικασίες έτερων αναθετουσών. Αφετέρου, όσον αφορά τον ειδικότερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι θίγεται η ίδια η ισότιμη πρόσβασή του στη διαδικασία, επειδή η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει περιοριστικό του ανταγωνισμού όρο (ανεξαρτήτως δε της τυχόν όντως συντρέχουσας σκοπιμότητας αυτού για την ασφάλεια εφοδιασμού, περί της οποίας δεν είναι αρμόδια να κρίνει η ΑΕΠΠ), επί τη βάση ότι διευκολύνεται ούτως ή συμμετοχή στον διαγωνισμό προσφερόντων άνευ υποδομής που απαιτείται για τη συμμετοχή σε διαδικασίες άλλων αναθετουσών αρχών στην ίδια γεωγραφική περιοχή και ούτως δεν διευκολύνεται η απόσβεση εκ μέρους των ήδη ή μελλοντικών αναδόχων των έτερων διαγωνισμών των άλλων αναθετουσών ή και των προηγούμενων αναδόχων των προηγούμενων διαγωνισμών έτερων ή και της ίδιας της αναθέτουσας, των οικείων επενδύσεών στις οποίες υπεβλήθησαν ή θα υποβληθούν για την ανάληψη των παραπάνω έτερων διαγωνισμών, ομοίως

Αριθμός απόφασης: 176/2018

προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι η όποια τυχόν επικαλούμενη από τον ίδιο τον προσφεύγοντα βλάβη του δεν επέρχεται συνεπεία των όρων της προκείμενης διακηρύξεως, αλλά λόγω των δαπανών που τυχόν υπέστη στα πλαίσια της ιδιότητάς του ως αναδόχου σε έτερες συμβάσεις με άλλες αναθέτουσες ή ακόμη και λόγω των αορίστως πιθανολογούμενων από τον ίδιο μελλοντικών δαπανών στις οποίες δυνητικά τυχόν θα υποβληθεί αν τυχόν καταστεί μελλοντικά ανάδοχος σε τρέχουσες ή και μελλοντικές διαδικασίες έτερων αναθετουσών αρχών στην ίδια γεωγραφική περιοχή. Συνεπώς σε κάθε περίπτωση το έννομο συμφέρον του, όπως ο ίδιος το προβάλλει και το στοιχειοθετεί δεν είναι άμεσο, καθώς προκύπτει από έτερες πράξεις άλλων αναθετουσών ή παρελθούσες πράξεις της ίδιας αναθέτουσας (ασχέτως δε του ότι δεν προβάλλει ότι ως τυχόν ανάδοχος του τυχόν προηγούμενου διαγωνισμού της ίδιας της νυν αναθέτουσας είχε υποβληθεί σε συγκεκριμένες επενδύσεις, επίκληση που παρότι δεν υφίσταται, σε κάθε περίπτωση και αν υφίστατο δεν θα καθιστούσε το έννομο συμφέρον ενεστώς, αφού θα αναγόταν σε υποχρέωσή του βάσει προϋφιστάμενης σύμβασης συναφθείσας με ήδη περατωθείσα διαδικασία), ενώ όσον αφορά την αναφορά του σε μελλοντικές συμβάσεις δεν είναι ούτε ενεστώς, πολλώ δε μάλλον ορισμένο και αποδεικνυόμενο. Τούτο δε δεν αναιρείται από το αν τυχόν η οικεία έλλειψη τέτοιας απαίτησης είναι όντως αδικαιολόγητη ή όχι, καθώς προϋπόθεση για την εξέταση του αδικαιολογήτου ή μη αυτής της έλλειψης είναι πρώτον η διάγνωση εννόμου συμφέροντος του ίδιου του προσφεύγοντος ως προς τη συγκεκριμένη προσβολή της, δεύτερον η δημιουργία όντως, δι' αυτής καθαυτής της ελλείψεως και ειδικώς και αποκλειστικώς εντός των πλαισίων της στενά οριζόμενης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που εκκινείται δια της οικείας διακήρυξης, ανισότητας και περιορισμού του ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερομένων για συμμετοχή στον ίδιο τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, αποκλειστικώς θεωρούμενο και ανεξαρτήτως στοιχείων, απαιτήσεων και προδιαγραφών που διέπουν έτερες διαδικασίες και έτερες αναθέτουσες. Αντιστρόφως δε με τα όσα αιτιάζει ο προσφεύγων, η όποια τυχόν καταρχήν ανισότητα και περιορισμός του ανταγωνισμού θα επέλθει (εφόσον επέλθει), ανεξαρτήτως δε του ότι πιθανόν και τότε ακόμη να δικαιολογείται, από την έτερη διαδικασία, εφόσον αυτή απαιτεί σταθερή υποδομή και επένδυση εκ μέρους του αναδόχου για την ανάληψή της, παρέχοντας ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε όποιον τυχόν οικονομικό φορέα έχει ήδη υλοποιήσει ή υλοποιεί στο πλαίσιο προηγούμενης ή τρέχουσας σύμβασής του τέτοια επένδυση (και επομένως δεν θα

Αριθμός απόφασης: 176/2018

απαιτείται να επαναλάβει ή τουλάχιστον με το ίδιο κόστος) εις βάρος τυχόν νεοεισερχόμενων οικονομικών φορέων. Αυτά όμως είναι ζητήματα που δεν δύνανται να εξεταστούν στο πλαίσιο των ορίων αρμοδιότητας της προκείμενης διαδικασίας εξέτασης της παρούσας Προσφυγής κατά της νυν προσβαλλομένης διακήρυξης. Εξάλλου, σημειωτέον ότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί εισαγωγής στη διακήρυξη όρου με τον οποίο θα πρέπει οι προσφέροντες να διευκρινίζουν τον τρόπο με τον οποίο θα διασφαλίζουν απρόσκοπτη προμήθεια των αερίων δεν συνδέεται αναγκαίως με τις επικαλούμενες από τον ίδιο μελλοντικές ή παράλληλες επενδύσεις για τη δημιουργία ή και διατήρηση κατάλληλων αποθηκευτικών χώρων, αφού κατά τον τρόπο αυτό υπαγορεύει εν τοις πράγμασι όχι μόνο τον όρο, αλλά και τα ειδικότερα συγκεκριμένα μέσα με τα οποία αυτός θα πληρείται (υπό την έννοια, ότι οι όποιες επενδύσεις του όποιου τυχόν θιγόμενου δύνανται να αντιμετωπίσουν την ίδια δυσκολία απόσβεσης, αν προκύψει ανταγωνιστής ο οποίος προτίθεται να μετάσχει, εκπληρώνοντας την ίδια απαίτηση περί τυχόν ασφάλειας εφοδιασμού με λιγότερα δαπανηρά μέσα από τη δημιουργία/μίσθωση αποθηκών, όπως για παράδειγμα τη συνεργασία με έτερο οικονομικό φορέα με τοπικές αποθήκες που χρησιμοποιούνται και για άλλες χρήσεις) και ούτως προδιαγράφει την αγορά και τον ανταγωνισμό όχι μόνο του επίδικου αλλά και των έτερων διαγωνισμών για το ίδιο αντικείμενο στην Κρήτη. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν αναφέρει καν ότι τυχόν ο ίδιος δημιούργησε κάποια τέτοια υποδομή και επένδυση αλλά αναφέρεται αορίστως στους *“προσφέροντες οι οποίοι επιθυμούν να υποβάλλουν προσφορά όχι μόνο για τον επίμαχο.. αλλά και τυχόν άλλων που διενεργούνται, διενεργήθηκαν ή θα διενεργηθούν παράλληλα από άλλες αναθέτουσες αρχές της 7ης ΥΠΕ και για την παραδεκτή συμμετοχή τους σε αυτούς οφείλουν να συμμορφωθούν με την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, όπως για παράδειγμα για τη συμμετοχή στον με ... διαγωνισμό του Γ. Νοσοκομείου Άγιος Νικόλαος... αναλαμβάνουν έξοδα και επενδύσεις, όπως για παράδειγμα τη δημιουργία ή/και διατήρηση κατάλληλων αποθηκευτικών χώρων στο νησί, με αποτέλεσμα να βρίσκονται σε δυσχερέστερη θέση σε σχέση με όσους θα επιλέξουν να προσφέρουν μόνο στον διαγωνισμό που προκηρύσσεται με την επίμαχη διακήρυξη...”* και συνεπώς, ασχέτως όλων των παραπάνω, ούτως ή άλλως δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει κάποια καταρχήν συγκεκριμένη βλάβη του ιδίου, αλλά αναφέρεται αορίστως στους μελλοντικούς μετέχοντες έτερων διαγωνισμών και τους δυνητικούς μετέχοντες του προκείμενου διαγωνισμού. Συνεπώς, ο

Αριθμός απόφασης: 176/2018

προσφεύγων δεν στοιχειοθετεί το απαιτούμενο για την προβολή του δεύτερου λόγου του, προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον, ζήτημα που εξάλλου αφενός πρέπει να προκύπτει προαποδεικτικά (πρβλ. και άρ. 33 ΠΔ 18/89), αφετέρου ως διαδικαστική προϋπόθεση της εξέτασης, ερευνάται και αυτεπαγγέλτως, άνευ ανάγκης αντιστοίχου ισχυρισμού από τον αντίδικο (πρβλ. και άρ. 47 ΠΔ 18/89 και ΟΛΣΤΕ 2744/2000, ΣΤΕ 19, 582/1988, 493/1995, 1461/2003). Επομένως, ασχέτως του ότι οι Απόψεις της αναθέτουσας παραπέμπουν στον Υποδιευθυντή του τεχνικού τμήματος αυτής, ο οποίος δηλώνει ότι ο ίδιος θεωρεί ότι πρέπει να γίνει δεκτός ο λόγος, στοιχείο που ουδόλως αίρει την έλλειψη του εννόμου συμφέροντος και το απαράδεκτο ως προς την επίκλησή του, για τους ανωτέρω λόγους, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτως προβαλλόμενος.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει έν μέρει δεκτή, όσον αφορά το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της, ήτοι την παράλειψη της αναθέτουσας να εισαγάγει όρο περί υποχρεωτικής κατοχής άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. από τους υποβάλλοντες προσφορά για την προμήθεια ιατρικών αερίων. Απορρίπτει την Προσφυγή κατά τα λοιπά. Τονίζεται πάντως, ειδικώς όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, και δη προς αποφυγή οιασδήποτε παρερμηνείας από τα διάδικα μέρη, ότι ουδόλως εν προκειμένω, εμποδίζεται η αναθέτουσα να τροποποιήσει τη διακήρυξή της κατά τρόπον που θα εισαγάγει τον όρο που προβάλλει με τον δεύτερο λόγο του ο προσφεύγων ούτε τυχόν τέτοια τροποποίηση της διακήρυξης εκ μέρους της, δεδομένου μάλιστα ότι εκ των Απόψεων της εμφανίζεται να συμφωνεί με τον προσφεύγοντα, θα συνιστά τυχόν παράβαση του διατακτικού της παρούσας Αποφάσεως και της υποχρέωσης της αναθέτουσας να συμμορφωθεί με αυτό. Και τούτο διότι το γεγονός πως η αδυναμία εκ μέρους της ΑΕΠΠ κατάγνωσης επί συγκεκριμένου ζητήματος, για λόγους που αφορούν το τυχόν παραδεκτό της προσφυγής ή του οικείου λόγου αυτής ή βαίνει πέραν της αρμοδιότητάς της, ήτοι εξέτασης παραδεκτώς ασκουμένων προσφυγών κατά πράξεων του προσυμβατικού σταδίου, οι οποίες βλάπτουν ή επαπειλούν ζημία εις βάρος του ίδιου του προσφεύγοντα, ουδόλως εμποδίζει την ίδια την αναθέτουσα, στα πλαίσια της διακριτικής ευχέρειας που η ίδια κατέχει προς τούτο και υπό το πνεύμα των αρχών της νομιμότητας και χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης, ως και της επίτασης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 176/2018

συμβάσεων (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120/2017 και 49/2018), να λαμβάνει υπόψη τις παρατηρήσεις και τα επιχειρήματα των ενδιαφερομένων για συμμετοχή και, εφόσον κρίνει αυτά ως εύλογα, να τροποποιεί ακολούθως, μόνη της τις πράξεις της. Ομοίως, τονίζεται και προς αποφυγή παρερμηνείας, ότι η κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου ακύρωση της οικείας παράλειψης, δεν συνεπάγεται υποχρεωτικά και άνευ ετέρου ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά απλώς και μόνο υποχρέωση της αναθέτουσας να τροποποιήσει τη διακήρυξή της δια της εισαγωγής του οικείου όρου που παρέλειψε να ενσωματώσει.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την καθ' ο μέρος η αναθέτουσα παρέλειψε να ενσωματώσει όρο περί υποχρεωτικής κατοχής άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. εκ μέρους των προσφερόντων για την υποβολή προσφοράς για την προμήθεια των αγαθών του συμβατικού αντικειμένου.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψης αυτής.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ, που κατέβαλε για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-2-2018 και εκδόθηκε την 5-3-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ