

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/331/10-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΕΛΕΥΣΙΝΑΣ ΘΡΙΑΣΕΙΟ.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί εν μέρει και να τροποποιηθεί η διακήρυξη υπ' αρ. της αναθέτουσας για την προμήθεια οξυγόνου (CPV:) με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 336.067,74 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 19-3-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 27-3-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 27-3-2018 με συστημικό α/α 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 και ποσού ευρώ 1.680,34 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω τράπεζας της 5-4-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η 5-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά διακήρυξης ανοικτού τακτικού διαγωνισμού. Ειδικότερα, η

Αριθμός απόφασης: 321/2018

προσφυγή στρέφεται κατά του όρου της διακήρυξης στο Παράρτημα Ι-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, σελ. 33 που ορίζει ότι «Οι προμηθευτές πρέπει να πληρούν τους παρακάτω όρους και να καταθέσουν με ποινή απόρριψης με την προσφορά τους τα σχετικά δικαιολογητικά:1. Σύμφωνα με την ισχύουσα παράταση της ΕΟΦ μετά τις 30.06.2018 την άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για καθένα από τα προσφερόμενα είδη (...)» . Ο δε προσφεύγων αιτιάται ότι ο όρος αυτός προκαλεί σύγχυση, αφού οι προσφέροντες υποχρεούνται με την κατάθεση της προσφοράς τους να προσκομίσουν άδεια κυκλοφορίας, ενώ συγχρόνως η υποχρέωση αυτή ανάγεται σε χρόνο μεταγενέστερο της κατάθεσης της προσφοράς, ήτοι μετά τις 30-6-2018. Ο δε προσφεύγων περαιτέρω επικαλείται ότι δεδομένου ότι στη Διακήρυξη δεν προκύπτει σαφώς ότι απαιτείται κατά την κατάθεση της προσφοράς των υποψηφίων αναδόχων, να προσκομιστεί άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ που να αποδεικνύει τη νόμιμη κυκλοφορία και διακίνηση του υγρού ιατρικού οξυγόνου, είναι πολύ πιθανό η αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί από μία εταιρία που δεν διαθέτει άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ (και η οποία επιπροσθέτως πιθανώς δεν θα διαθέτει άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ μετά τις 30/6/2018) με πρόδηλο άμεσο κίνδυνο για τη δημόσια υγεία. Παράλληλα, ο προσφεύγων ούτως επικαλείται ότι θα υποστεί βλάβη, σε περίπτωση εκτέλεσης της ως άνω μη νόμιμης προμήθειας, δεδομένου ότι θα στερηθεί τη δυνατότητα σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης. Ενώ, ενδεχόμενη απόρριψη της προσφυγής του θα αποτελέσει έναυσμα προκειμένου και άλλα νοσοκομεία που προμηθεύονται να μην συμπεριλαμβάνουν στις διακηρύξεις τους όρους που θα υποχρεώνουν τους υποψηφίους να τηρούν τη νομοθεσία περί φαρμάκων, προκειμένου να επιτυγχάνουν χαμηλότερες τιμές, γεγονός το οποίο ελλοχεύει κινδύνους για τη δημόσια υγεία. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός είναι εξαρχής μη νόμιμος, αφενός λόγω της ασάφειάς του, καθώς δεν προκύπτει καν ποιο δικαιολογητικό θα πρέπει να προσκομιστεί για την απόδειξη ότι θα διατίθεται η άδεια κυκλοφορίας μετά την 30-6-2018, αφετέρου λόγω παράβασης των άρ. 71 παρ. 1, 75 παρ. 1 και 5 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013) και του άρθρου 6 παρ. 1 της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ., διατάξεις από τις οποίες προκύπτει ότι το υγρό ιατρικό οξυγόνο είναι φάρμακο και συνεπώς δεν μπορεί να διατίθεται χωρίς άδεια κυκλοφορίας. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η Ανακοίνωση Προέδρου ΕΟΦ της 10-2-2017 στην οποία ερείδεται η ως άνω μη απαίτηση κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, πρώτον, στερείται οποιασδήποτε κανονιστικής ισχύος^{ΣΕΠ} δεύτερον δεν μπορεί να εφαρμοστεί ως ανεφάρμοστη στην

Αριθμός απόφασης: 321/2018

ενωσιακή και εθνική νομοθεσία, τρίτον, ακόμη και αν θεωρηθεί ως καταρχήν κανονιστική πράξη στερείται ισχύος λόγω μη δημοσίευσης στην ΕτΚ, τέταρτον, η Ανακοίνωση δεν επικυρώθηκε από το ΔΣ του ΕΟΦ, πέμπτον, η προμήθεια θα έχει διάρκεια ένα έτος και συνεπώς θα διαρκέσει μετά την 30-6-2018 και κατ' αποτέλεσμα δεν είναι δυνατή η αποδοχή προσφοράς χωρίς τέτοια άδεια, αφού κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 τα απαιτούμενα προσόντα του αναδόχου, πρέπει να συντρέχουν και κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ενώ επιπλέον ο προσφεύγων επικαλείται τις Αποφάσεις ΔΕφΧαν 10/2017, ΔΕφΠατρ Ν29/2017, ΔΕφΘεσ 126/2017, ΔΕφΠατρ Ν1/2018 και ΔΕφΑθ 426/2017, ως και τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ 137/2017, 120 και 130/2018 που έκριναν υπέρ της βασιμότητας των ίδιων ως άνω ισχυρισμών σε έτερες υποθέσεις με ταυτόσημο αντικείμενο, καθώς και ότι η ως άνω Ανακοίνωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ατομική πράξη λόγω της γενικής και αφηρημένης ισχύος της. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται και αντίθεση στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι, ενόψει του γεγονότος, ότι κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η χαμηλότερη τιμή, θα αντιμετωπίζονται με τον ίδιο ακριβώς τρόπο, τόσο εταιρίες οι οποίες έχουν τηρήσει τη νομιμότητα και έχουν υποχρεωθεί σε έξοδα για να εκδώσουν τις απαιτούμενες άδειες και πιστοποιητικά (άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ, όπως ο προσφεύγων) όσο και εταιρίες οι οποίες δεν έχουν φροντίσει να εκδώσουν τις απαιτούμενες άδειες και πιστοποιητικά, οι οποίες λόγω του ότι δεν έχουν υποβληθεί μάλιστα στα απαιτούμενα έξοδα μπορεί να υποβάλουν και χαμηλότερη προσφορά. Προς τούτο, ο προσφεύγων αιτείται ακύρωση του παραπάνω όρου της διακήρυξης και τροποποίησή της, με τη συμπερίληψη υποχρέωσης κατοχής και προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το προϊόν.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 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, επικαλούμενος χρόνος γνώσης εκ του προσφεύγοντος την 2-4-2018, δηλαδή την έκτη ημέρα από την από 27-3-2018 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, ενώ το παραγόμενο τεκμήριο γνώσης την 15^η ημέρα από την από 27-3-2018 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ θα επερχόταν την 11-4-2018), ενώ ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 321/2018

χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς 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 είτε δια της παρανομίας τους είτε και δια της ασάφειάς τους, επιτρέποντας τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων χωρίς τα νόμιμα προσόντα, τα οποία όμως εσφαλμένα δεν συμπεριέλαβε η διακήρυξη και συγκεκριμένα συμπεριέλαβε, ήτοι την απαίτηση άδειας κυκλοφορίας, με απαίτηση όχι κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών αλλά μετά την 30-6-2018. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω, κατ' ουσία.

4. Επειδή, αναθέτουσα αντί Απόψεων απέστειλε την 13-4-2018 μέσω ΕΣΗΔΗΣ την Απόφαση ΔΣ της της 10^{ης} Συνεδρίασης της 12-4-2018 με τον οποία απέρριπτε την προδικαστική προσφυγή. Όμως, κατ' άρ. 346, 347 και 360 επ. Ν. 4412/2016 η αρμοδιότητα εξέτασης επί της προδικαστικής προσφυγής ανήκει αποκλειστικά, κατά την αμέσως παραπάνω σκέψη, στην ΑΕΠΠ, η δε αναθέτουσα ουδεμία αρμοδιότητα έχει να κρίνει και να αποφαινεται επ' αυτής, παρά είναι αρμόδια κατ' άρ. 365 παρ. 1 αποκλειστικά να αποστείλει τις Απόψεις της (οι οποίες δύνανται να περιλαμβάνουν και την καταρχήν ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης) μετά του φακέλου της υποθέσεως στην ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας η αναθέτουσα είναι απλός διάδικος, προς συναξιολόγηση μετά των λοιπών στοιχείων της προσφυγής και των τυχόν παρεμβάσεων. Ουδόλως δε η ως άνω αναρμοδίως και μη νομίμως εκδοθείσα Απόφαση της επηρεάζει την κρίση του Κλιμακίου επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Λαμβάνεται δε υπόψη από το Κλιμάκιο αποκλειστικά ως «Απόψεις» της αναθέτουσας, η δε αιτιολογία ήτοι το περιεχόμενο του ως άνω εγγράφου της αναθέτουσας ανάγεται στην εκ της ως άνω Ανακοινώσεως Προέδρου ΕΟΦ ορισμό καταληκτικής ημερομηνίας συμμόρφωσης την 30-6-2018, ουδέν δε έτερο ουσιώδες περιλαμβάνει.

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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

Οδηγία (L 311/28.11.200), όπως ισχύει και όπως 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 συμμόρφωσης των εταιρειών που ήδη διαθέτουν άδεια δυνατότητας παραγωγής, αλλά όχι και άδεια κυκλοφορίας, ο οποίος»

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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, 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 κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς 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 εκεί 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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. Διακήρυξη του «.....» για τον «Ηλεκτρονικό ανοικτό τακτικό διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας.....(CPV)» ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε' – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 39, και την υπ' αριθμ. Διακήρυξη του για την «Προμήθεια του είδους “.....” για την κάλυψη των αναγκών της» 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. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. Διακήρυξη του για τον «Πρόχειρο ανοικτό διαγωνισμό για την προμήθεια “.....” (.....) (.....) 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

κυκλοφορίας), όπως ακριβώς συνέβη και με την προσβαλλόμενη εν προκειμένω Διακήρυξη του 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 6ου 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 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 του(Α/Α ΕΣΗΔΗΣ:) (ΑΔΑΜ: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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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 «.....», 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 . για τις ανάγκες του (Κωδικός CPV.....)» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) (ΑΔΑΜ: 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 (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ) (ΑΔΑΜ: 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 αποσταλθείσα 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

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 «.....» και ακυρώθηκε η παράλειψη της με αριθμ. Διακήρυξης περί «Ανοιχτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων για την προμήθεια (Κωδικός CPV:) έως του ποσού των €120.000 συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) καταχωρηθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ:2018-01-02, να συμπεριλάβει στις Τεχνικές Προδιαγραφές για το, ήτοι στον όρο 1 της σελ. 3 της Διακήρυξης, την υποχρέωση των προμηθευτών να διαθέτουν πέρα από την άδεια παραγωγής, 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. Διακήρυξης του 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

Αριθμός απόφασης: 321/2018

προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της 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 εφετειών 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 προκύπτει ότι 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 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.

9. Επειδή, εν όψει των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υπόψη διακήρυξη, στο Παράρτημα Ι αυτής περί Αναλυτικής Περιγραφής Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, μη νομίμως λαμβάνει υπόψη την ως άνω Ανακοίνωση και κατ' αποτέλεσμα ορίζει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον εν θέματι διαγωνισμό δεν απαιτείται αυτοί να κατέχουν και άδεια κυκλοφορίας του υπό προμήθεια υλικού, χορηγηθείσα από τον Ε.Ο.Φ., αλλά αρκεί να κατέχουν αυτή μετά την 30-6-2018. Αντίθετα, κατά τα ως άνω η κατοχή τέτοιας άδειας κυκλοφορίας συνιστά ούτως ή άλλως προαπαιτούμενο για τη σύννομη κυκλοφορία, διακίνηση και εν τέλει προμήθεια του αγαθού και δη στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης όπως εν προκειμένω. απλώς άδεια παραγωγής. Η δε αναθέτουσα όντως έσφαλε καθ' ο μέρος θέσπισε τεχνική προδιαγραφή κατά την οποία η άδεια κυκλοφορίας αρκεί να υφίσταται μετά τις 30-6-2018, ήτοι σε χρόνο αφενός ύστερο της υποβολής της προσφοράς, αφετέρου πιθανόν ύστερο και της συνάψεως συμβάσεως, και όχι ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Τούτο διότι κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 τα προσόντα των προσφερόντων θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, των δικαιολογητικών κατακύρωσης ως και της σύναψης της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 321/2018

Όμως, ο νυν όρος, ως έχει, θεσπίζει την απαίτηση για κατοχή του προσόντος σε χρονικό σημείο απροσδιόριστης συσχέτισης με την ίδια την πρόοδο και τα επιμέρους στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα εξ αυτού και εκ της διατυπώσεώς του να προκύπτει ότι είναι δυνατή ακόμη και η κατακύρωση ως και η υπογραφή της συμβάσεως άνευ όχι μόνο προσκόμισης της άδειας, αλλά και της ίδιας της κατοχής της, όρος που εν τοις πράγμασι ισοδυναμεί με μη απαίτηση της κατοχής της άδειας αυτής για την παραδεκτή συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Πάντως, τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δεσμεύεται άνευ ετέρου να απαιτήσει να προσκομιστεί η άδεια κυκλοφορίας κάθε μετέχοντος με την υποβολή της προσφοράς, αλλά ότι οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να προβλέπουν ότι το οικείο προσόν, δηλαδή η κατοχή της άδειας κυκλοφορίας θα πρέπει να συντρέχει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Επαφίεται δε στην αναθέτουσα να καταρτίσει κατά διακριτική της μεν ευχέρεια, πλην όμως σαφή όρο, βάσει του οποίου θα προκύπτει η συμμόρφωση με την οικεία εκ του νόμου απαίτηση ήδη κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς (επί παραδείγματι με προσκόμισή της ήδη με την προσφορά, με προσκόμιση τυχόν υπευθύνου δηλώσεως περί κατοχής της ήδη μετά της προσφοράς ή με την προσκόμιση της άδειας κυκλοφορίας ως δικαιολογητικό κατακύρωσης πλην όμως με την απαίτηση να προκύπτει εκ της άδειας αυτής η κατοχή της ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς). Εξάλλου, βασίμως επικαλείται περαιτέρω ο προσφεύγων ότι ακόμη και ασχέτως αυτής καθαυτής της παρανομίας του όρου κατά τα αναλυτικά τεθέντα ανωτέρω και πάλι ο όρος ως διευτυπώθη είναι όλως ασαφής και απροσδιόριστος, πρώτον ως προς τον τρόπο απόδειξης συνδρομής του και δεύτερον ως προς την ισχύ του ως προσόντος και όρου συμμετοχής στη διαδικασία, πράγμα που σημαίνει ταυτόχρονη συνδρομή κατά την υποβολή της προσφοράς, την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και την υπογραφή της σύμβασης, ενώ εν τέλει είναι ομοίως ασαφής η αληθής έννοια του με δεδομένο ότι η διαδικασία ενδέχεται να έχει περατωθεί και το αντικείμενο να έχει συμβασιοποιηθεί πριν την 30-6-2018. Σε κάθε περίπτωση, από τον προσβαλλόμενο όρο είναι τουλάχιστον σαφές πως το προσόν κατοχής άδειας κυκλοφορίας δεν απαιτείται να συντρέχει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, σε συνδυασμό με ότι κατά το άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προσόντα που απαιτούνται να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς απαιτούνται να συντρέχουν ως και την υπογραφή της σύμβασης, το οποίο σημαίνει αντιστρόφως ότι προσόντα που δεν ζητούνται και όροι που δεν τίθενται ως απαιτούμενοι να συντρέχουν κατά την υποβολή της προσφοράς δεν συνιστούν όρους της αποδοχής των προσφορών και προσδιορίζοντας το δικαίωμα συμμετοχής σε αυτήν. Επομένως, η

Αριθμός απόφασης: 321/2018

κατοχή της άδειας κυκλοφορίας δεν έχει τεθεί ως απαιτούμενο προσόν και προϋπόθεση συμμετοχής στη διαδικασία και δη παρανόμως κατά τις προηγούμενες σκέψεις 4-7 και κατ' αποτέλεσμα, ως αυτός ετέθη προκύπτει ότι η αναθέτουσα δεν απαιτεί την κατοχή αυτής της άδειας ως προς οιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής που βάλλει κατά της παράλειψης της αναθέτουσας να περιλάβει στη διακήρυξη όρο περί υποχρεωτικής κατοχής άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ για τα προμηθευόμενα είδη με χρόνο συνδρομής του προσόντος τα τρία σημεία του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ήτοι τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης, και δη δια της συμπεριλήψεως όρου που θέτει ως σημείο συνδρομής της οικείας απαίτησης το διάστημα μετά την 30-6-2018, ήτοι χρόνο μετά την υποβολή των προσφορών και μη συσχετίσιμο με τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, πρέπει να γίνει δεκτός. Κατ' αποτέλεσμα, ο όρος της σελ. 33 της διακήρυξης (Παράρτημα Ι, Τεχνικές Προδιαγραφές Ιατρικών Αερίων-Οξυγόνου, σημ. 3) πρέπει να ακυρωθεί. Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να άρει, με τροποποίηση της διακήρυξης και εισαγωγή νέου όρου, κατ' αντικατάσταση του νυν ακυρουμένου, την ως άνω παράλειψη, και συγκεκριμένα να θεσπίσει όρο κατά τον οποίο η κατοχή της άδειας κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για τα προσφερόμενα είδη θα πρέπει ήδη να συντρέχει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και δη με σαφή πρόβλεψη περί του τρόπου με τον οποίο θα αποδεικνύεται η κατά τον κρίσιμο αυτόν χρόνο (ήτοι τον χρόνο υποβολής της προσφοράς) κατοχή της ως άνω άδειας για τα προσφερόμενα είδη.

10. Επειδή, συνεπεία της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής και της συνακόλουθης αναπομπής στην αναθέτουσα προς άρση της οικείας παρανομίας, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής περί άνισης μεταχείρισης επί τη βάσει τυχόν διατηρήσεως του επίμαχου όρου περί μη απαιτήσεως κατοχής άδειας κυκλοφορίας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθίσταται άνευ αντικειμένου, δεδομένου ότι η κατοχή τέτοιας άδειας συνιστά αναγκαία νομική προϋπόθεση για τη σύνομη προμήθεια του προκειμένου αγαθού και όχι απαίτηση που τυχόν τίθεται κατά διακριτική ευχέρεια της ανά περίπτωση αναθέτουσας.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον

Αριθμός απόφασης: 321/2018

προσφεύγοντα το παράβολο 1.680,34 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ υπ' αρ. (CPV) ειδικώς όσον αφορά τον όρο του σημείου 3 των Τεχνικών Προδιαγραφών Ιατρικών, του Παραρτήματος Ι αυτής (σελ. 33) και καθ' ο μέρος δια αυτού η αναθέτουσα παρέλειψε να ενσωματώσει όρο περί υποχρεωτικής κατοχής άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. εκ μέρους των προσφερόντων ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους για την προμήθεια των αγαθών του συμβατικού αντικειμένου και επιπλέον παρέλειψε να περιλάβει όρο που θα ορίζει με σαφή τρόπο πως θα αποδεικνύεται η ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς πλήρωση της απαίτησης αυτής.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψης αυτής κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 8.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής, ποσού 1.680,34 ευρώ σε αυτόν.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-4-2018 και εκδόθηκε την 24-4-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ