

Αριθμός απόφασης: 372/2018

την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 27-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά διακήρυξης ανοικτού τακτικού διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφυγή στρέφεται κατά του όρου της διακήρυξης στο Παράρτημα Ε-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ 1., παρ. Β ΟΡΟΙ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΛΗΡΟΙ Ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ σελ. 30-31 καθ' ο μέρος δεν περιλαμβάνει ρητό όρο σχετικά με τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσει ο προμηθευτής, ιδίως δε όσον αφορά το γεγονός ότι δεν περιλαμβάνει πρόβλεψη σχετικά με την κατοχή και προσκόμιση από τους προμηθευτές ιατρικού οξυγόνου άδειας κυκλοφορίας ΕΟΦ. Ο δε προσφεύγων αιτιάται ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με τους οποίους προβλέπεται ότι ο προμηθευτής θα πρέπει μετά τις 30/6/2018 να διαθέτει άδεια κυκλοφορίας για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου, για το αέριο ιατρικό οξυγόνο και τον αναπνευστικό αέρα - respal, καθώς και μη νόμιμη η παράλειψη της Διακήρυξης να ορίσει ότι η εν λόγω άδεια κυκλοφορίας απαιτείται και για το υγρό ιατρικό οξυγόνο, λόγω παράβασης των άρθρων 71 παρ. 1, 75 παρ. 1 και 5 και 104 παρ. 1 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.^{[L]_{SEP}} Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται παράβαση των άρθρων 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^{[L]_{SEP}} δεύτερον δεν μπορεί να εφαρμοστεί ως ανεφάρμοστη στην 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

ΔΕφΧαν 10/2017, ΔΕφΠατρ Ν29/2017, ΔΕφΘεσ 126/2017, ΔΕφΠατρ Ν1/2018 και ΔΕφΑθ 426/2017, ως και τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ 137/2017, 120, 130 και 321/2018 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. Συγχρόνως, ο προσφεύγων επικαλείται δια των ως άνω κίνδυνο δημόσιας υγείας. 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. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεση της σελ. 4 της διακήρυξης περί δυνατότητας υποβολής εκ μέρους των συμμετεχόντων δικαιολογητικών όχι ηλεκτρονικά, αλλά μόνο στο πρωτόκολλο του, καθώς αντιτίθεται στο άρ. 36 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 ΥΑ 56902/215/2017.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις με αρ. πρωτ. 9156/7-5-2018 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ μετά των οποίων υπέβαλε αναθεωρημένες τις τεχνικές προδιαγραφές και οικεία Απόφαση εγκρίσεώς της του Διοικητή της και εισαγωγής τους στο ΔΣ προς επικύρωση, αναφέρει τα εξής. Όσον αφορά τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής συνομολογεί σχετικώς, υποβάλλει δε νέες προδιαγραφές κατά τις οποίες στις παρ. 1B, 2A και 3 των Τεχνικών Προδιαγραφών εισάγεται όρος με αναφορά της άδειας κυκλοφορίας ΕΟΦ και δη ως δικαιολογητικού ήδη υποβαλλόμενου μετά της τεχνικής προσφοράς και την απαλοιφή της αναφοράς σε προσκόμιση έως την 30-6-2018. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής συνομολογεί εξίσου και αναφέρει ως νέα τροποποιημένη διάταξη της σελ. 4 της διακήρυξης «Όσα έγγραφα/δικαιολογητικά δεν δύνανται να υπογραφούν ψηφιακά, θα υποβάλλονται μεν ηλεκτρονικά, αλλά θα κατατίθενται στο Πρωτόκολλο του

Αριθμός απόφασης: 372/2018

....., , μέχρι τις 15.00, στο Πρωτόκολλο», ενώ η προτέρα αντίστοιχη διάταξη αναφέρεται σε όσα έγγραφα δεν δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά.

4. 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 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 εμπρόθεσμα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, επικαλούμενος χρόνος γνώσης εκ του προσφεύγοντος την 19-4-2018, δηλαδή την δέκατη πέμπτη από την από 4-4-2018 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, ενώ το παραγόμενο τεκμήριο γνώσης την 15^η ημέρα από την από 4-4-2018 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ και άσκηση της προσφυγής την όγδοη ημέρα από τον κατά τα ως άνω χρόνο γνώσης), ενώ ο προσφεύγων 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. Περαιτέρω, και μεν κατά τη σκ. 3, η αναθέτουσα με τις Απόψεις της συνομολογεί τους δύο πρώτους λόγους της προσφυγής και μάλιστα εγκρίνει ο Διοικητής της προς επικύρωση από το ΔΣ αναθεωρημένων προδιαγραφών, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, πλην όμως δεν έχουν εισέτι και τυπικώς επικυρωθεί οι ως άνω νέες προδιαγραφές και σε κάθε περίπτωση τέτοια επικύρωση δεν τελεί σε γνώση του Κλιμακίου. Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι δεν έχει τυπικώς τροποποιηθεί η διακήρυξη κατ' αποδοχή των πρώτων δύο λόγων της προσφυγής, οι προσβαλλόμενοι όροι δεν έχουν καταργηθεί στον νομικό κόσμο και επομένως, δεν χωρεί κατάργηση της εξέτασης κατά το άρ. 17 ΠΔ 39/2017. Τα αντίστοιχα ισχύουν και όσον αφορά τον τρίτο

Αριθμός απόφασης: 372/2018

λόγο της προσφυγής, περαιτέρω δε ότι πρέπει σε κάθε περίπτωση να ελεγχθεί και η ορθή υπαγωγή της τροποποίησης που εισάγει η αναθέτουσα στη σελ. 4 της διακήρυξης. 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 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 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 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 προΐσχύσαν 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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,

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 παρεμπόδιση 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 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 για τον «Ηλεκτρονικό ανοικτό τακτικό διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας (CPV)» ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε΄ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 39, και την υπ' αριθμ. 6..... Διακήρυξη τουγια 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 αρκούσαν σε άδεια παραγωγής και εμφιάλωσης (και όχι περαιτέρω άδεια 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 ΑΝΘ “..... (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 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 υ..... για τις ανάγκες του (..... (Κωδικός CPV))» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) (ΑΔΑΜ: 2017-10-11), επιδιώκουσα η εταιρία αυτή να συμπεριληφθεί για την προμήθεια του 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. Διακήρυξης του (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ) (ΑΔΑΜ: 2017-22-09) και απέρριψε την παρέμβαση της, «.....», επικαλούμενη την υπ' αριθμ. πρωτ. 95939/24.10.2017

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 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, λιάν 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

Προσφυγή της εταιρείας «.....» και ακυρώθηκε η παράλειψη της με αριθμ. Διακήρυξης του ΑΝΘ “..... 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 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. 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 προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της διαδικού 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 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 Κεφάλαιο Τεχνικών Προδιαγραφών, 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. 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. 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

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 κατοχή της άδειας κυκλοφορίας δεν έχει τεθεί ως απαιτούμενο προσόν και προϋπόθεση συμμετοχής στη διαδικασία και δη παρανόμως κατά τις προηγούμενες σκέψεις 5-8 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 παρ. 1 υποπαρ. Β και της παρ. 2 υποπαρ. Α, ως και της παρ. 3 σελ. 34 του Κεφαλαίου των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί. Να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να άρει, με τροποποίηση της διακήρυξης και εισαγωγή νέων όρων, κατ' αντικατάσταση των νυν ακυρουμένων, την ως άνω παράλειψη, και συγκεκριμένα να τροποποιήσει τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης, με τη θέσπιση σε αυτές όρων κατά τους οποίους 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

Αριθμός απόφασης: 372/2018

είδη. Οι δε υποβληθείσες από την αναθέτουσα τεχνικές προδιαγραφές, ως αυτές τροποποιήθηκαν, πληρούν τους όρους της ως άνω αναπομπής και ως εκ τούτου κατ'αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, η υπόθεση αναπέμπεται προς έγκριση και επικύρωση των ως άνω τροποποιήσεων και ένταξη αυτών δια αποφάσεως του αποφαινομένου οργάνου της στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης. Σημειώνεται, πάντως, ότι δεδομένου πως δια των αναθεωρημένων τεχνικών προδιαγραφών ενδέχεται να έχουν εισέλθει και επιπλέον τροποποιήσεις όρων της διακήρυξης, πλην όσων αφορούν ο πρώτος και δεύτερος λόγος της προσφυγής, ήτοι περί αδείας κυκλοφορίας ΕΟΦ, περί του ελέγχου των οποίων η ΑΕΠΠ, ως δεσμευόμενη κατ'άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ως προς τα όρια της κρίσης της και της εξέτασής της, από τους λόγους και το αιτητικό της προδικαστικής προσφυγής (που αφορά το ζήτημα της άδειας κυκλοφορίας), δεν είναι αρμόδια, οι τυχόν νέοι θεσπιζόμενοι όροι υπόκεινται αυτοτελώς, σε προδικαστική προσφυγή, ουδόλως δε η παρούσα Απόφαση κρίνει περί του κύρους και της νομιμότητάς της.

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 σύννομη προμήθεια του προκείμενου αγαθού και όχι απαίτηση που τυχόν τίθεται κατά διακριτική ευχέρεια της ανά περίπτωση αναθέτουσας.

11. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η σελ. 4 της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι προσφορές υποβάλλονται στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στην ηλεκτρονική διεύθυνση www.promitheus.gov.gr. Όσα έγγραφα/δικαιολογητικά δε δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά, θα κατατίθενται στο Πρωτόκολλο του,,, μέχρι τις 15:00μ.μ. στο Πρωτόκολλο». Στη δε σελ. 5 της διακήρυξης ορίζεται ότι «α.3. Οι Οικονομικοί Φορείς - χρήστες τρίτων χωρών αιτούνται την εγγραφή τους και ταυτοποιούνται από τη Γενική Γραμματεία Εμπορίου (ΓΓΕ) αποστέλλοντας ^{ISEA} είτε υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη με επίσημη μετάφραση στην ελληνική, β/είτε έννοκη βεβαίωση ή πιστοποιητικό σε μορφή αρχείου .pdf με επίσημη μετάφραση

Αριθμός απόφασης: 372/2018

στην ελληνική, όπως αυτά προσδιορίζονται στο Παράρτημα ΙΧ Α για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, στο Παράρτημα ΙΧ Β για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και στο Παράρτημα ΙΧ Γ για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών του ΠΔ 60/07, και σύμφωνα με τους προβλεπόμενους όρους στο κράτος μέλος εγκατάστασης του οικονομικού φορέα, στα οποία να δηλώνεται/αποδεικνύεται η εγγραφή του σε επαγγελματικό ή εμπορικό μητρώο, προσκομιζόμενα εντός τριών (3) εργασίμων ημερών και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) στην αρμόδια υπηρεσία, μετά την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών.”, στη σελ. 8 ότι “Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής υποβάλλεται από τον προσφέροντα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου pdf και προσκομίζεται από αυτόν στην Αρμόδια Υπηρεσία Διεξαγωγής του Διαγωνισμού σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή.”, στη σελ. 11 ότι “Τα κατατιθέμενα τεχνικά φυλλάδια (Prospectus) θα πρέπει να είναι τα πρωτότυπα του κατασκευαστικού οίκου ή επικυρωμένα αντίγραφα. Τα Prospectus θα υποβάλλονται ηλεκτρονικά και θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο ή να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος, ψηφιακά υπογεγραμμένη, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία του Prospectus του κατασκευαστικού οίκου. Στην περίπτωση που υποβληθούν με υπεύθυνη δήλωση, θα πρέπει να προσκομιστούν και σε έντυπη μορφή εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους.”. Ομοίως, στη σελ. 11 όσον αφορά τα περιεχόμενα της τεχνικής προσφοράς ορίζεται ότι “ Τα ανωτέρω στοιχεία και δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς του προσφέροντος υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου τύπου .pdf. προσκομίζονται (με διαβιβαστικό όπου θα αναφέρονται αναλυτικά) κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τα έγγραφα που δε φέρουν ψηφιακή υπογραφή.”, ενώ για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στο άρ. 5, σελ. 14 της διακήρυξης ορίζεται ότι “Τα δικαιολογητικά προσκομίζονται από τον προσφέροντα εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) στην αρμόδια υπηρεσία. ... Έως την ολοκλήρωση των διαδικασιών διαλειτουργικότητας των συστημάτων, τα απαραίτητα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται από τους πιστοποιημένους οικονομικούς φορείς -χρήστες σε μορφή αρχείου pdf προσκομιζόμενα εντός τριών (3) εργασίμων ημερών και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) στην αρμόδια υπηρεσία.”. Κατά το δε άρ. 5 παρ. 1.2.3 της ΥΑ 56902/215/2017 προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς που δεν εντάσσονται στα

Αριθμός απόφασης: 372/2018

προηγούμενα δύο εδάφια, αιτούνται την εγγραφή τους και ταυτοποιούνται από την αρμόδια Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης του ΕΣΗΔΗΣ αποστέλλοντας:- είτε υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη με επίσημη μετάφραση στην ελληνική.- είτε ένορκη βεβαίωση ή πιστοποιητικό σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου *Portable Document Format (PDF)* με επίσημη μετάφραση στην ελληνική, όπως αυτά προσδιορίζονται και σύμφωνα με τους προβλεπόμενους όρους στο κράτος μέλος εγκατάστασης του οικονομικού φορέα, στα οποία να δηλώνεται/αποδεικνύεται η εγγραφή του σε επαγγελματικό ή εμπορικό μητρώο, προσκομιζόμενα εντός τριών (3) εργασίμων ημερών και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) στην αρμόδια υπηρεσία.”, κατά το άρ. 15 αυτής ότι “Ο χρήστης-οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: 1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/ παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. 1.2.1.1 Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή/ αναθέτοντα φορέα, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (*Apostille*). 1.2.1.2 Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια και όσα στοιχεία και δικαιολογητικά προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται αντίγραφα των πρωτοτύπων.”. Περαιτέρω, οι άδειες κυκλοφορίας του ΕΟΦ για τα προϊόντα ως και κάθε άλλο προσκομιζόμενο έγγραφο για την πλήρωση των Τεχνικών Προδιαγραφών και δη, ακόμη και κατόπιν των τροποποιημένων προδιαγραφών, οι οποίες επιβάλλουν προσκόμιση μετά της

Αριθμός απόφασης: 372/2018

προσφοράς άδειας κυκλοφορίας για το πρωτοξείδιο του αζώτου και το σύνολο των ιατρικών υγρών και αερίων, παρ. 2.Α και 3 Τεχνικών Προδιαγραφών αντίστοιχα, ως και το πρώτον προβλέπουν προσκόμιση και δη μετά της προσφοράς άδειας κυκλοφορίας για το ιατρικό οξυγόνο στην παρ. 1Α, συνιστούν περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς. Η δε νυν εκδοχή της σελ. 4 της διακήρυξης αναφέρεται σε προσκόμιση σε φυσική μορφή όσων εγγράφων δεν δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά, όρος ασαφής και εσφαλμένος, αφού δεν υφίσταται έγγραφο που δεν δύναται να υποβληθεί ως σαρωμένο φωτοαντίγραφο και ούτως καταλείπεται ένα αδιευκρίνιστο περιθώριο στην αναθέτουσα να κρίνει τι θα πρέπει να υποβληθεί ηλεκτρονικά και τι σε φυσική μορφή. Εξάλλου, ο όρος αυτός αντιτίθεται και στην ως άνω πρόβλεψη του άρ. 15 παρ. 1.2.1 της ΥΑ 56902/215/2017, κατά την οποία όλα τα έγγραφα της προσφοράς υποβάλλονται σε ηλεκτρονική μορφή, όμως εξ αυτών, όσα δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα, ήτοι συνταχθέντα από τον οικονομικό φορέα ως εκδότη τους ή όσα ιδιωτικά έγγραφα (μη ψηφιακά υπογραφόμενα, ήτοι μη συνταχθέντα από τον οικονομικό φορέα) δεν υποβλήθηκε ηλεκτρονικά επικυρωμένο αντίγραφο τους ή όσα δεν είναι δημόσια έγγραφα, όπως επί παραδείγματι οι άδειες κυκλοφορίας και παραγωγής του ΕΟΦ, υποβάλλονται επιπλέον της ηλεκτρονικής υποβολής τους, και σε φυσική μορφή. Τα ως άνω ρητά οριζόμενα από την ΥΑ είναι όλως άσχετα από τον ως άνω προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, ο οποίος ούτως εκτός από ασαφής είναι και παράνομος. Όσον δε αφορά την άδεια κυκλοφορίας ΕΟΦ, κατά τα ανωτέρω, αυτή υποβάλλεται αποκλειστικά ηλεκτρονικά, ως δημόσιο έγγραφο και ούτως ή άλλως δεν έπρεπε να απαιτείται υποβολή της σε πρωτότυπο έγγραφο σε φυσική μορφή, κατά την υποβολή της προσφοράς. Επιπλέον, η τροποποίηση της σελ. 4 της διακήρυξης που κατά τις Απόψεις της αναθέτουσας και την οικεία έγκριση του Διοικητή αυτής, συνίσταται σε όρο υποβολής σε φυσική μορφή εγγράφων «που δεν δύνανται να υπογραφούν ψηφιακά» είναι ομοίως παράνομη και ασαφής, αφενός διότι ο κύκλος των εγγράφων που πρέπει να υπογράφονται ψηφιακά ορίζεται ρητά εκ του άρ. της ως άνω ΥΑ και δεν εναπόκειται στην κρίση των διαγωνιζομένων ή της αναθέτουσας ανά περίπτωση να αποφασίζουν τι δεν δύνανται ή δύνανται να υπογράφεται ψηφιακά, το δε ζήτημα της ψηφιακής υπογραφής ανάγεται σε υποχρέωση του οικονομικού φορέα και όχι ευχέρεια ή θέμα περί του οποίου έχει έννομη σημασία η τυχόν υποκειμενική του δυνατότητα, αφετέρου διότι δια του ως άνω όρου δημιουργείται μια άνευ αντικειμένου και μη εξυπηρετούσα ουδέν έννομο σκοπό, υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίζουν σε φυσική μορφή ιδιωτικά πλην επικυρωμένα από δικηγόρο έγγραφα ή

Αριθμός απόφασης: 372/2018

δημόσια έγγραφα, τα οποία όμως, κατά το ως άνω άρ. 15 της ΥΑ ουδόλως χρειάζεται να προσκομίζονται σε φυσική μορφή και αρκεί η ηλεκτρονική υποβολή τους. Εξάλλου, ομοίως εσφαλμένος και αναντίστοιχος με τα ως άνω είναι και ο όρος της σελ. 11 της διακήρυξης, κατά τον οποίο υποβάλλονται σε φυσική μορφή όλα τα έγγραφα που δεν υπογράφονται ψηφιακά, άρα και τα δημόσια έγγραφα της τεχνικής προσφοράς, ενώ μάλιστα, δεν υπάρχει αντιστρόφως, κανένας όρος περί προσκόμισης σε πρωτότυπη μορφή εγγράφων που ανήκουν στα δικαιολογητικά (άρ. 1.2.1.1 διακήρυξης) και όχι στην τεχνική προσφορά, καίτοι σε αυτά περιλαμβάνονται και ιδιωτικά έγγραφα τρίτων, πλην των προσφερόντων, φορέων (όπως πιστοποιήσεις), οι οποίες όμως κατά τα ανωτέρω θα πρέπει να υποβάλλονται σε φυσική μορφή, αν δεν έχει υποβληθεί ηλεκτρονικά επικυρωμένο από δικηγόρο αντίγραφο τους. Η δε αναθέτουσα, όπως προκύπτει και από τις Απόψεις της, εσφαλμένα υπολαμβάνει την έννοια του ως άνω άρ. 15 της ΥΑ 56902/215/2017, αφού το σκεπτικό της ερείδεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι όποιο έγγραφο δεν δύναται, κατά νόμο, να υπογραφεί, συννόμως, ψηφιακά, πρέπει να υποβληθεί σε φυσική μορφή, ενώ κατά την ως άνω διάταξη τα ψηφιακά υπογραφόμενα, ήτοι τα συνταχθέντα από τον οικονομικό φορέα έγγραφα είναι μόνο μία από περισσότερες κατηγορίες εγγράφων που δεν απαιτείται να υποβληθούν σε φυσική μορφή. Ως εκ τούτου, πρέπει να γίνει δεκτός ο τρίτος λόγος της προσφυγής, να ακυρωθεί δε ο όρος της σελ. 4 της διακήρυξης ως και κάθε συναφής με αυτόν όρος εντός των εγγράφων της σύμβασης, ο οποίος αναφέρεται σε υποβολή σε φυσική μορφή εγγράφων που δεν δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά ή ψηφιακά υπογεγραμμένα. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα ώστε αυτή να ενσωματώσει το ως άνω κανονιστικό πλαίσιο που θέτει η ΥΑ 56902/215/2017 και δη το άρ. 15 παρ. 1.2.1 και 1.2.1.1, 1.2.1.2, όπως ακριβώς αυτό έχει, τροποποιώντας και απαλείφοντας οιαδήποτε αντικείμενη σε αυτή τη διάταξη, πρόβλεψη της διακήρυξης.

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

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 1.910,41 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός απόφασης: 372/2018

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει το σύνολο των προσβληθέντων δια της Προσφυγής όρων και προβλέψεων της διακήρυξης και συγκεκριμένα αφενός, την παρ. 1 υποπαρ. Β, παρ. 2 υποπαρ. Α, ως και της παρ. 3 σελ. 34 του Κεφαλαίου των Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, καθ' ο μέρος δια αυτών 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, αφετέρου τον όρο της σελ. 4 της διακήρυξης περί προσκομίσεως σε φυσική μορφή εγγράφων και δικαιολογητικών που δεν δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά ως και κάθε συναφή μετ' αυτού όρο περί υποβολής εγγράφων σε φυσική μορφή (και δη τόσο τους όρους που αναφέρονται σε έγγραφα που δεν δύνανται να υποβληθούν ηλεκτρονικά όσο και όρους που αναφέρονται σε έγγραφα που δεν δύνανται να φέρουν ψηφιακή υπογραφή) κατά παράβαση του άρ. 15 της ΥΑ 56902/215/2017.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα αναλυτικά ορίζονται στις σκ. 9 και 11 αντιστοίχως της Απόφασης.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.910,41 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-5-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ