

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**  
**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ 50/2017**

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 25 Σεπτεμβρίου 2017 δυνάμει της Πράξης του Προέδρου του 5/2017 (Αριθμ. Πρωτ./Οικ. 269/15-09.2017) με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.09.2017 Προδικαστική Προσφυγή με στοιχεία .....και ..... της εταιρείας με την επωνυμία ..... και τον διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στη ..... κατά του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «ΙΠΠΟΚΡΑΤΕΙΟ» (εφεξής Γ.Ν.Θ.).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη με αριθμό 51/2017 του καθού Νοσοκομείου και να συμπεριληφθεί για την ζητηθείσα προμήθεια του υγρού ιατρικού οξυγόνου η υποχρέωση κατοχής και προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές άδειας κυκλοφορίας του Εθνικού Οργανισμού Φαρμάκων (εφεξής ΕΟΦ).

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει της υπ' αριθμ. πρωτ. 226 οικ./8.9.2017 Βεβαίωσης της ΑΕΠΠ, πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. .... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού €5.705,06 υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, κατά της προσβαλλόμενης Διακήρυξης Νο 51/2017 που εξέδωσε το Γ.Ν.Θ. (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 42641), κατόπιν της υπ' αριθμ. 421/24.3.2015 απόφασης του Διοικητή της 4<sup>ης</sup> Υγειονομικής Περιφέρειας (Υ.Π.Ε.) Μακεδονίας και Θράκης δυνάμει της οποίας ορίστηκε το Γ.Ν.Θ. φορέας διενέργειας μεταξύ άλλων και του «Ανοιχτού Ενιαίου Διαγωνισμού για

την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας “οξυγόνου” [Κωδικός CPV 24111900-4] για τις ανάγκες των Νοσοκομείων εποπτείας της 4<sup>ης</sup> Υ.ΠΕ [στην οποία διοικητικά υπάγεται το καθού] ... στο πλαίσιο υλοποίησης του Προγράμματος Προμηθειών Υπηρεσιών Υγείας (Π.Π.Υ.Φ.Υ.) Έτους 2014, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και για διάρκεια 12μηνών» (εφεξής Διακήρυξη), η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε, δια του νόμιμου εκπροσώπου της (βλ. την υπ’ αριθμ. πρωτ. 2235/15.7.2015 Ανακοίνωση Καταχώρισης στο Επιμελητήριο Βοιωτίας-Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ.), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό στοιχεία ..... και ..... Προδικαστική Προσφυγή της επικαλούμενη: Α) Παρανομία της Διακήρυξης καθώς απαλλάσσει τους συμμετέχοντες στον Διαγωνισμό για την προμήθεια του υγρού ιατρικού οξυγόνου (ειδικότερα) από την απαίτηση να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 1, 4 και 5 του Ν. 4412/2016 [απαραίτητη τεχνική προδιαγραφή] σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β’/1049/29-4-2013 – ενσωμάτωση της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ) (σελ. 6-16 της Προσφυγής) και Β) Αντίθεση στην αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων (άρθρο 4 παρ. 1 Σ και 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) αφενός λόγω της πρόβλεψης στην ίδια Διακήρυξη διαφορετικών δικαιολογητικών για όμοια προϊόντα και αφετέρου της αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων που διαθέτουν όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά με τον ίδιο τρόπο και το ίδιο κριτήριο (χαμηλότερη τιμή) με τους φορείς που δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα από την κείμενη νομοθεσία δικαιολογητικά για τη νόμιμη κυκλοφορία των φαρμάκων (σελ. 16-17 της Προσφυγής).

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά της Διακήρυξης 51/2017 προϋπολογισμού €1.141.011,85 (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ’ ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν προσφάτως με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α’ 116), δεδομένου πως η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε μετά τις 26.6.2017 όπως αποδεικνύεται από τη σκέψη 4.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία στρέφεται κατά της Διακήρυξης η οποία ως αποδεικνύεται από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου Διαγωνισμού, έχει αναρτηθεί ηλεκτρονικά, σύμφωνα με το άρθρο 38 του Ν. 4412/2016, στο ΚΗΜΔΗΣ την 30.08.2017 με ΑΔΑΜ ..... και την αμέσως επόμενη ημέρα 31.08.2017 έλαβε, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα, γνώση αυτής, ώστε η κατ’ αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που

ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) εδ. β' Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) εδ. β' του Κανονισμού, ήτοι εντός της προθεσμίας των 15 ημερών από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ.

5. Επειδή, η αιτούσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, καθώς (σελ. 4-5 της Προσφυγής): επιχειρηματικά δραστηριοποιείται ως προμηθεύτρια διαφόρων ιατρικών αερίων, μεταξύ των οποίων και το υπό προμήθεια ιατρικό οξυγόνο, σε διάφορα Νοσοκομεία της Χώρας στα οποία συγκαταλέγονται και κάποια από τον επίμαχο διαγωνισμό, εν προκειμένω το Γ.Ν.Θ. Η προσφεύγουσα εταιρία για τη νόμιμη διακίνηση του οξυγόνου έχει μεριμνήσει, καταβάλλοντας τα σχετικά έξοδα, και έχει ήδη λάβει από τον ΕΟΦ, όπως απαιτείται από την ΚΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β'1049/29-4-2013), τις προσκομιζόμενες υπ' αριθμ. ...., ..... Άδειες Κυκλοφορίας για το φαρμακευτικό οξυγόνο / ..... (....., .....), ..... όπως αυτές έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν.

6. Επειδή, 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, 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 (όχι απλά άδεια παραγωγής) (βλ. ΔΕΚ C-84/06, Antroposana κ.λπ., ECLI:EU:C:2007:535, σκέψη 35) η οποία χορηγείται από τον ίδιο τον ΕΟΦ (βλ. μεταξύ άλλων: την υπ' αριθμ. πρωτ. 400035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» Προέδρου ΕΟΦ αριθμ. 1 (βλ. την επόμενη σκέψη 7), την υπ' αριθμ. 62060 απόφαση Προέδρου ΕΟΦ «Τροποποίηση της υπ' αριθ. 0-833/18η/6.10.08 Απόφασης ΔΣ/ΕΟΦ (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' αριθμ. πρωτ. .... απόψεις, ενώπιον του ΣΤΕ, του ΕΟΦ, σελ. 7-9, εκδοθείσης της απόφασης 193/2017 του Δ' Τμήματος Αναστολών (βλ. παρακάτω σκέψη 7)).

7. Επειδή, ο ΕΟΦ, 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' αριθμ. πρωτ. 40035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» (όπως τιτλοφορείται), σύμφωνα με την οποία: «2. Επειδή, λόγω των ερωτημάτων που περιέρχονται στον ΕΟΦ, 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 ΕΟΦ, 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» αυτή προσέφυγε ενώπιον του ΣΤΕ, η νυν προσφεύγουσα «SOL HELLAS A.E.», καταθέτοντας την από 11.4.2017 και με Αριθμό Κατάθεσης 1115/2017 Αίτηση Ακύρωσης, δικάσιμος της οποία ορίστηκε η 24.10.2017, 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.

8. Επειδή, το καθού Γ.Ν.Θ. στην υπ' αριθμ. πρωτ. 42580/21.9.2017 Έκθεση απόψεων του επικαλείται ρητώς ως νόμιμη βάση για την απόφασή του να μην ενσωματώσει στο κείμενο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης την ανωτέρω ανακοίνωση του ΕΟΦ, αιτιολογώντας πως (σελ. 3): το Γ.Ν.Θ. προκήρυξε τον Διαγωνισμό στις 30.08.2017, χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης των κείμενων διατάξεων και επιδιώκοντας τη συμμετοχή στον Διαγωνισμό όσο το δυνατό περισσότερων εταιριών ώστε να αναπτυχθεί υγιής ανταγωνισμός».

9. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου της Προσφυγής καθώς και την έρευνα στο ΕΣΗΔΗΣ/ΚΗΜΔΣΗ που διεξήγαγε το παρόν Κλιμάκιο για αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς που προκήρυξαν τα μεγαλύτερα Νοσοκομεία της Ελλάδας τα τελευταία χρόνια για το κρίσιμο υπό προμήθεια υγρό ιατρικό οξυγόνο, προέκυψε, πως πράγματι υφίσταται σαφής διαφοροποίηση στις αντίστοιχες νοσοκομειακές διακηρύξεις, όπου ορισμένα Νοσοκομεία απαιτούν για την προμήθεια υγρού οξυγόνου ως απαραίτητη, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τεχνική προδιαγραφή (άρθρα 54, 75 Ν.

4412/2016) νόμιμη άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ: βλ. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 01/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ελευσίνας «ΘΡΙΑΣΙΟ» για τον «Ηλεκτρονικό ανοικτό τακτικό διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας Οξυγόνου (CPV 24111900-4)» ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε' – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 39, και την υπ' αριθμ. 6291/26-10-2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ηλείας – Ν.Μ. Αμαλιάδας για την «Προμήθεια του είδους “Υγρό Οξυγόνο” για την κάλυψη των αναγκών της Ν.Μ. Αμαλιάδας» ΜΕΡΟΣ Ε': ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 17. Αντιθέτως, άλλα νοσοκομεία παραλείπουν την απαίτηση αυτή μεταξύ των ελάχιστων όρων που πρέπει να περιλαμβάνει η Διακήρυξη: βλ. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 38/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Καρδίτσας για τον «Πρόχειρο ανοικτό διαγωνισμό για την προμήθεια “ιατρικά αέρια” (24111500-0) (ΥΓΡΟ ΟΞΥΓΟΝΟ) με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή» στην παρ. 6 (ΤΡΟΠΟΣ ΣΥΝΤΑΞΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ) σελ. 5 της οποίας προκύπτει πως το Νοσοκομείο αρκούσαν σε άδεια παραγωγής και εμφιάλωσης (και όχι περαιτέρω άδεια κυκλοφορίας), όπως ακριβώς συνέβη και με την προσβαλλόμενη εν προκειμένω Διακήρυξη του Γ.Ν.Θ. η οποία απαιτούσε ρητά άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ μόνο για το αέριο οξυγόνο, ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 59.

10. Επειδή, όπως προκύπτει από τις παραπάνω σκέψεις, το νομικό ζήτημα που τίθεται από την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή έγκειται στο κατά πόσο είναι σύμφωνη με το ενωσιακό και ελληνικό Φαρμακευτικό Δίκαιο όρος Διακήρυξης Νοσοκομείου, η οποία όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς του επιβάλλει στον συμμετέχοντα στον αντίστοιχο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθευτή συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (άρθρο 54 Ν. 4412/216) (βλ. ΔΕΕ C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 74), συνιστάμενη στην απαίτηση να κατέχει όχι μόνο άδεια παραγωγής αλλά περισσότερο άδεια εκμετάλλευσης υγρού οξυγόνου για την έκδοση της οποίας αρμόδιος είναι ο ΕΟΦ.

11. Επειδή, επί του νομικού ζητήματος αυτού έχει ήδη αποφασίσει το 6ο Κλιμάκιο της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθμ. 14/2017 Απόφασής του, το ιστορικό της οποίας αναφέρεται στην από 09.08.2017 Προδικαστική Προσφυγή με στοιχεία ..... και ..... της εταιρίας με την επωνυμία «.....», κύριου ανταγωνιστή στην ελληνική αγορά της νυν προσφεύγουσας εταιρίας «.....», στρεφόμενης κατά του Γενικού Νοσοκομείου Δράμας και της Διακήρυξής αυτού 14/2017 για τον «Δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό ανάθεσης σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας €104.838,70 άνευ ΦΠΑ, για την προμήθεια ιατρικού υγρού οξυγόνου (CPV 24111900-4) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά

βάσει τιμής» (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 44312), για τη διατήρηση δε της προσβαλλόμενης αντίστοιχης Διακήρυξης και για την απόρριψη της Προσφυγής κατατέθηκε, στην ενώπιον του ΣΤ΄ Κλιμακίου διεξαχθείσα εξεταστική διαδικασία, η από 17.08.2011 Παρέμβαση με στοιχεία ..... και ..... της νυν προσφεύγουσας «.....».

12. Επειδή, σύμφωνα με όσα κρίθηκαν από το 6<sup>ο</sup> Κλιμάκιο: «Σκέψη 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 30.6.2018, 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 30-6-2018, 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...». Σκέψη 9: «Επειδή, από την παραπάνω ... διατύπωση της Ανακοίνωσης (“χορηγείται εύλογος χρόνος... ο οποίος ορίζεται έως την 30-6-2018”) 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 ...».

13. Επειδή, περαιτέρω: Σκέψη 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. Ε.Ο.Φ., 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». Σκέψη 12: «... Επομένως, έως και τον χρόνο εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π. της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, η παραπάνω πράξη του Προέδρου Ε.Ο.Φ. δεν έχει ακυρωθεί δικαστικώς, δεν έχει ανακληθεί διοικητικώς από τον μόνο προς

τούτο αρμόδιο Ε.Ο.Φ. ούτε έχει ανασταλεί η ισχύς της με δικαστική απόφαση [γεγονός εξακολουθούμενο και σήμερα] και συνεπώς, βάσει του παραπάνω μνημονευθέντος τεκμηρίου νομιμότητας, τελεί ακόμη σε πλήρη ισχύ, παράγει κάθε έννομη συνέπεια και δεσμεύει κάθε διοικητική αρχή, συμπεριλαμβανομένης της Α.Ε.Π.Π., 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, παρά οι εξ αυτού προσκομιζόμενες αποφάσεις ΔΕφΠατρών Ν29/23.6.2017 (Αναστ.) και ΜονΔΕφ Χανίων 10/24.3.2017 (Ασφ.) εκδόθηκαν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας και οι όποιες κρίσεις αυτών συνιστούν πιθανολογήσεις, χωρίς να παράγουν δεδικασμένο ή να συνιστούν έστω οριστική δικαστική επίλυση της διαφοράς. Σημειωτέον, ότι, η εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη ΔΕφΛαρ (Αναστ.) 26/2017, ομοίως εκδοθείσα στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, έκρινε ότι επαναλαμβανόμενοι στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. παρέμβαση, ισχυρισμοί του νυν παρεμβαίνοντος περί της μη νομιμότητας της πράξης Προέδρου Ε.Ο.Φ. δεν πιθανολογούνται ως προδήλως βάσιμοι...».

14. Επειδή, ομοίως: Σκέψη 13: «...τυγχάνει απορριπτέος ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, ότι ακόμα και αν η ως άνω πράξη του Προέδρου Ε.Ο.Φ. παρέχει δικαίωμα σε επιχειρήσεις που δεν κατέχουν άδεια κυκλοφορίας, να διακινούν το προϊόν έως την 30.6.2018, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης παραμένει νόμιμος, καθώς η επίδικη προμήθεια θα εκταθεί σε χρόνο μεταγενέστερο της ως άνω ημερομηνίας, με αποτέλεσμα οι μη κάτοχοι άδειας κυκλοφορίας να μην μπορούν καν να επικαλεστούν το δικαίωμα τους εκ της ως άνω πράξεως για ελεύθερη έως τότε κυκλοφορία του προϊόντος. Τούτο διότι ο διαγωνισμός διενεργείται και η προμήθεια θα εκκινήσει εντός του χρονικού διαστήματος που ορίζει η παραπάνω πράξη (έως 30.6.2018). 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 30.6.2018 και όχι ότι δικαιούνται απλώς να συνάπτουν συμβάσεις με αποκλειστική διάρκεια έως και την 30-6-2018...». Σκέψη 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... Σημειωτέον δε, ότι παρότι ο παραπάνω ισχυρισμός προβλήθηκε από τον παρεμβαίνοντα για την υποστήριξη της Αιτήσεως Αναστολής του κατά της παραπάνω πράξης Προέδρου Ε.Ο.Φ., η προμνημονευθείσα ΣτΕ Δ' Τμ. (Αναστ.) 193/2017 τον απέρριψε...». Κατέληξε λοιπόν το 6ο Κλιμάκιο πως: τις Σκέψη 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 30-6-2018 ισότιμη μεταχείριση με τους κατόχους άδειας κυκλοφορίας, τη δυνατότητα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης...

15. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις, πρέπει να γίνει δεκτή η γνώμη του 6ο 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.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και ως προς τα δύο σκέλη της.

Διά ταύτα



Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 27.9.2017.

Ο Πρόεδρος του IV Κλιμακίου

Η Γραμματέας του IV Κλιμακίου

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα