

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/6/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 610/3-7-2018 της προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» «.....» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Τρικάλων και των όρων της με αρ. 18354/2018 διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Τακτικός Ανοικτός Διαγωνισμός για την προμήθεια του είδους «ΟΞΥΓΟΝΟ (Ιατρικά αέρια)» CPV: 24111900-4 συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 84.262,00€ χωρίς ΦΠΑ για την κάλυψη των αναγκών του ΓΝ Τρικάλων, στο πλαίσιο υλοποίησης του ΠΠΥΥ 2014.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να αναθεωρηθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 18354/2018 διακήρυξη που εξέδωσε η καθής, έτσι ώστε α) να οριστεί η υποχρέωση των υποψηφίων προμηθευτών να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου και για το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο), την οποία θα καταθέσουν με την προσφορά τους, β) σε περίπτωση που κριθεί νόμιμη η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό από υποψηφίους που δεν διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ για τη νόμιμη διακίνηση των προαναφερόμενων ιατρικών αερίων, οι προσφορές να αξιολογούνται όχι με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή, αλλά με τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, η οποία θα εκτιμάται μεταξύ άλλων βάσει του κριτηρίου εάν

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

οι υποψήφιοι συμμετέχοντες διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας ή όχι και γ) να απαλειφθεί η υποχρέωση του προμηθευτή να γεμίζει τις φιάλες ιατρικών αερίων – φαρμάκων του Νοσοκομείου ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας του και σε περίπτωση που οι φιάλες του Νοσοκομείου δεν επαρκούν για την κάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου, ο προμηθευτής να εκμισθώνει δικές του φιάλες (περιέκτες) ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή το Γενικό Νοσοκομείο Τρικάλων με την υπ' αρ. 18354/2018 Διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό Τακτικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την προμήθεια του είδους «ΟΞΥΓΟΝΟ (Ιατρικά αέρια)» CPV 24111900-4 για ένα έτος συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 104.484,88 Ευρώ με ΦΠΑ και 84.262,00 € άνευ ΦΠΑ και δικαίωμα εξάμηνης παράτασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στις κάτωθι ομάδες: ΟΜΑΔΑ Α (ΥΓΡΟ ΟΞΥΓΟΝΟ): Προϋπολογισθείσα δαπάνη : 72.020,00€ χωρίς ΦΠΑ και ΟΜΑΔΑ Β (ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ ΣΕ ΦΙΑΛΕΣ): Προϋπολογισθείσα δαπάνη: 12.242,00€ χωρίς ΦΠΑ, με δικαίωμα των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας και για όσες ομάδες επιθυμούν. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων/ΚΗΜΔΗΣ στις 12/6/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ 18PROC003242321 2018-06-12 και αυθημερόν καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό 60413. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών του ως άνω διαγωνισμού ορίστηκε η 4/7/2018 και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 10/7/2018. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν συνολικά τρεις (3) υποψήφιοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα η οποία υπέβαλε την προσφορά της την 04/07/2018 και ώρα 15:28:09.

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 2/7/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) με αριθμό συστήματος 60413, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων της με αρ. 18354/2018 διακήρυξης έτσι ώστε α) να οριστεί η υποχρέωση των υποψηφίων προμηθευτών να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου και για το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο), την οποία θα καταθέσουν με την προσφορά τους, β) σε περίπτωση που κριθεί νόμιμη η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό από υποψηφίους που δεν διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ για τη νόμιμη διακίνηση των προαναφερόμενων ιατρικών αερίων, οι προσφορές να αξιολογούνται όχι με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή, αλλά με τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, η οποία θα εκτιμάται μεταξύ άλλων βάσει του κριτηρίου εάν οι υποψήφιοι συμμετέχοντες διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας ή όχι και γ) να απαλειφθεί η υποχρέωση του προμηθευτή να γεμίζει τις φιάλες ιατρικών αερίων – φαρμάκων του Νοσοκομείου ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας του και σε περίπτωση που οι φιάλες του Νοσοκομείου δεν επαρκούν για την κάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου, ο προμηθευτής να εκμισθώνει δικές του φιάλες (περιέκτες), ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας του.

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 221717344958 0828 0093, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού εξακοσίων ευρώ ευρώ (600,00 €).

4. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016 συγκεκριμένα κατετέθη την 2/7/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση του περιεχομένου της προσβαλλόμενης διακήρυξης που κατά τους ισχυρισμούς της έλαβε γνώση την 22/6/2018 (σελίδα 3 πεδίο 7, περ. Δ), οπότε και εκκινεί η σχετική δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση της Προσφυγής και ως αβάσιμα υποστηρίζει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ουδόλως υποβλήθηκε εκπρόθεσμα και την 3/7/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, καθώς όπως προβάλλει (σελ. 8-9 της Προσφυγής): α) επιχειρηματικά δραστηριοποιείται ως προμηθεύτρια διαφόρων ιατρικών αερίων, μεταξύ των οποίων και τα υπό προμήθεια προϊόντα (υγρό και αέριο ιατρικό οξυγόνο, πρωτοξειδίο του αζώτου), στα μεγαλύτερα Νοσοκομεία της Χώρας· β) για τη νόμιμη διακίνηση και πώληση 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. 101632/16-12-2014, 101633/15-12-2014, 101634/15-12-2014 Άδειες Κυκλοφορίας για το φαρμακευτικό οξυγόνο / (ιατρικό

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

αέριο, κρυογόνο 100 % / ιατρικό αέριο, κρυογόνο 100 % / ιατρικό αέριο, πετρελισμένο 100 %), όπως αυτές έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν και τις υπ' αρ. 92219/15-12-2016 για το πρωτοξείδιο του αζώτου και 77255/13-12-2016 άδειες κυκλοφορίας για το φαρμακευτικό συνθετικό αέρα γ) προτίθεται να καταθέσει προσφορά στον επίμαχο δημόσιο Διαγωνισμό, όμως, δεδομένου ότι η αμφισβητούμενη Διακήρυξη δεν απαιτεί να προσκομιστεί από τους συμμετέχοντες προμηθευτές 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 υγρό ιατρικό οξυγόνο από μία εταιρία που δε διαθέτει άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ, με πρόδηλο άμεσο κίνδυνο για τη δημόσια υγεία, παράλληλα όσον αφορά τα επιχειρηματικά συμφέροντά της, η αιτούσα θα υποστεί βλάβη σε περίπτωση εκτέλεσης της ως άνω μη νόμιμης προμήθειας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι θα στερηθεί τη δυνατότητα σύναψης της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης. Η προσφεύγουσα πράγματι έλαβε μέρος στον επίδικο διαγωνισμό υποβάλλοντας την προσφορά της την 04/07/2018 και ώρα 15:28:09 με επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, ως αποδεικνύεται από την προσκομιζόμενη, κατόπιν της από 26-7-2018 πρόσκλησης της εισηγήτριας δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017 προς υποβολή της κατατεθειμένης με την προσφορά της προσφεύγουσας υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 2.4.3.1 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» περ. Ε (σελίδα 23), από 4-7-2018 υπεύθυνη δήλωση την οποία συμπεριέλαβε στην προσφορά της, σύμφωνα με την οποία «[...]Έχουμε λάβει γνώση και αποδεχόμαστε τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών και της διακήρυξης με την επιφύλαξη της ΓΑΚ ΑΕΠΠ 610/03.07.2018. προδικαστικής προσφυγής που κατέθεσε η εταιρία μας. Η προσφορά μας συντάχθηκε σύμφωνα με τους όρους της παρούσας διακήρυξης, με την επιφύλαξη της ΓΑΚ ΑΕΠΠ 610/03.07.2018. προδικαστικής προσφυγής που κατέθεσε η εταιρία μας.[...]» Υπό τα δεδομένα αυτά, ενόψει της με επιφύλαξη αποδοχής των όρων της διακήρυξης κατά την υποβολή της προσφοράς της στον υπό κρίση διαγωνισμό, η προσφεύγουσα ουδόλως αποστερήθηκε του εννόμου

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

συμφέροντος της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της οικείας διακήρυξης, ως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες απόψεις της.

Επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »*

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

12. 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

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

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 τα υπό προμήθεια προϊόντα (μεταξύ των οποίων και το υγρό και αέριο ιατρικό οξυγόνο, πρωτοξείδιο του αζώτου), υπάγονται στη νομική έννοια του φαρμάκου έτσι ώστε να μην επιτρέπεται η διακίνησή τους, 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 (αναφερόμενη στην σκέψη 9), 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' αριθμ. 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. 50686/12.06.2017 απόψεις, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας [εφεξής ΣτΕ], του ΕΟΦ, σελ. 7-9, εκδοθείσης της απόφασης 193/21.08.2017 του Δ' Τμήματος Αναστολών (αναφερόμενη στην σκέψη 9).

13. 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*

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

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». Ειδικότερα, κατά της «Ανακοίνωσης» αυτή προσέφυγε ενώπιον του ΣΤΕ, η ήδη προσφεύγουσα «.....», καταθέτοντας την από 11.4.2017 και με αριθμό κατάθεσης 1115/2017 αίτηση ακύρωσης, δικάσιμος της οποίας 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.

14. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται πως η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, κατά το μέρος που στις Τεχνικές Προδιαγραφές παρέλειψε να ορίσει ότι οι συμμετέχοντες στον προσβαλλόμενο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου και για το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο) είναι παράνομη καθώς απαλλάσσει τους συμμετέχοντες στον Διαγωνισμό για την προμήθεια του ιατρικού πρωτοξειδίου του αζώτου και του ιατρικού οξυγόνου (υγρού και αέριου) από την απαίτηση να διαθέτουν (επιπλέον) 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).

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 21874/10-07-2018 Απόψεις της προς την ΑΕΠΠ ισχυρίζεται μεταξύ άλλων ότι «[...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης εγκρίθηκαν με την υπ'αριθμ. 128/6/2-3-2016

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

(ΑΔΑ: 76ΝΘ46907Φ-1ΡΕ) Απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου. Στις τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές εγκρίθηκαν και ειδικότερα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης (σελίδες 39-44) ζητείται να κατατεθούν επί ποινή απόρριψης οι άδειες του ΕΟΦ. Ειδικότερα στη σελίδα 40 αναφέρεται «Η καθαρότητα του υγρού οξυγόνου να είναι όπως ορίζεται από τον ΕΟΦ και τις Ευρωπαϊκές Οδηγίες. Με την προσφορά του ο προμηθευτής θα καταθέσει με ποινή απόρριψης την άδεια του ΕΟΦ για την παραγωγή του υγρού οξυγόνου και του υγρού αζώτου», ομοίως στην σελίδα 42 αναφέρεται ότι «Η καθαρότητα του ιατρικού αερίου Οξυγόνου, του Πρωτοξειδίου του Αζώτου και του διοξειδίου του άνθρακα CO₂ θα είναι όπως καθορίζεται από τον ΕΟΦ και τις Ευρωπαϊκές Οδηγίες. Ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει την άδεια παραγωγής και εμφιάλωσης ιατρικών αερίων που χορηγούνται από τον ΕΟΦ και τις αρμόδιες αρχές για την λειτουργία των εργοστασίων παραγωγής τους». Σημειώνεται επίσης ότι κατά την σύνταξη και διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών η εταιρείαΑΕ ΔΕΝ κατέθεσε σε κανένα στάδιο προτάσεις ή σχόλια επί των τεχνικών προδιαγραφών (βλ. την υπ' αριθμ. 128/6/2-3-2018 Απόφαση ΔΣ). Επιπρόσθετα, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές διαβιβάστηκαν στην ΕΚΑΠΤΥ και ΕΠΥ για περαιτέρω έγκριση (βλ. το υπ' αριθμ. πρωτ. 7036/23-3-2016 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών) και εγκρίθηκαν από την ΕΚΑΠΤΥ με το υπ' αριθμ. πρωτ. 50208/10-8-2016 έγγραφό τους.»

16. Επειδή, 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, ο οποίος όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς του επιβάλλει στον συμμετέχοντα στον αντίστοιχο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθευτή συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (άρθρο 54 Ν. 4412/2016) (βλ. ΔΕΕ C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 74), ήτοι την προσκόμιση της άδειας παραγωγής και εμφιάλωσης ιατρικών αερίων και ουδόλως την κατοχή και προσκόμιση της άδειας κυκλοφορίας χορηγηθείσας από τον ΕΟΦ για τη νόμιμη διακίνηση των υπό προμήθεια προϊόντων.

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

17. Επειδή, κατά τον χρόνο εξέτασης της παρούσας Προσφυγής υπό τη νέα προβλεπόμενη από τον Ν. 4412/2016 διαδικασία έννομης προστασίας (άρθρα 345επ.) (συγκριτικά με την προγενέστερη υπό του Ν. 3886/2010 προβλεπόμενη διαδικασία), για το κρίσιμο νομικό ζήτημα, έχουν ήδη αποφανθεί σε επίπεδο παροχής προσωρινής προστασίας οι ακυρωτικοί δικαστές των κατά τόπους αρμοδίων Διοικητικών Εφετείων και έχουν ήδη εκδοθεί τρεις αποφάσεις: Α) η ΔΕφΘεσ 126/16.11.2017, επιδοθείσα στην ΑΕΠΠ στις 29.11.2017 (αριθμ. πρωτ. εισερχ. 931), η οποία αποδέχτηκε την υπό ΑΝ150/09.10.2017 αίτηση αναστολής κατά της ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 50/27.09.2017 που υπέβαλε η ήδη προφεύγουσα εταιρία, Β) η ΔΕφΠατρών Ν1/17.01.2018, επιδοθείσα στην ΑΕΠΠ στις 01.02.2018 (αριθμ. πρωτ. εισερχ. 325), η οποία ομοίως αποδέχτηκε την υπό ΑΝ70/01.12.2017 αίτηση αναστολής κατά της ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 144/2017 της ίδιας εταιρείας και Γ) η ΔΕφΘεσ Ν57/17.4.2018, επιδοθείσα στην ΑΕΠΠ στις 11.5.2018 (αριθμ. πρωτ. εισερχ. 1242), η οποία απέρριψε την υπό ΑΝ35/12.3.2018 αίτηση αναστολής κατά της ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 144/20.11.2017 που υπέβαλε η προσφεύγουσα εταιρία με την επωνυμία

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, στην μεν πρώτη απόφαση ΔΕφΘεσ 126/2017, στην σκέψη του ακυρωτικού δικαστή κράτησε πως (σκέψεις 10-11): *«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*

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

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 βάσιμος...».

19. Επειδή, τις ίδιες ακριβώς σκέψεις επαναλαμβάνει ο ακυρωτικός δικαστής στη δεύτερη απόφαση ΔΕφΠατρ Ν1/2018 (σκέψεις 8-9): «8. Σύμφωνα

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

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

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

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...».

20. Επειδή, τις ίδιες ακριβώς σκέψεις επαναλαμβάνει ο ακυρωτικός δικαστής στη τρίτη απόφαση ΔΕφΘεσ Ν57/17.4.2018, (σκέψη 19): «19. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις που εκτέθηκαν στην 16η σκέψη, στα οποία συγκαταλέγεται και το υγρό οξυγόνο, ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων και για τη διακίνησή τους απαιτείται άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Εξάλλου, η επίμαχη ανακοίνωση της Προέδρου του Ε.Ο.Φ., ενόψει του περιεχομένου της, δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, πολύ δε περισσότερο δεν φαίνεται να μπορεί να εξομοιωθεί με άδεια κυκλοφορίας του επίμαχου φαρμάκου. Ενόψει αυτών δεν πιθανολογείται ως βάσιμος ο προβαλλόμενος από την αιτούσα λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης...»

21. Επειδή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το ιατρικό οξυγόνο- αέριο και υγρό και το πρωτοξειδίο του αζώτου ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων, υποκείμενα έτσι στη διαδικασία αδειοδότησης των φαρμάκων (πρβλ. ΜΔΕφΧαν 10/2017 και η οποία έκρινε μεταξύ άλλων ότι το ιατρικό οξυγόνο- αέριο και υγρό, το πρωτοξειδίο του αζώτου και το αναπνευστικό μείγμα respal αποτελούν ιατρικά αέρια που εμπίπτουν στην έννοια του φαρμάκου), με προφανή συνέπεια να απαιτείται για τη νόμιμη διακίνηση τους άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ. Εξάλλου, η προδιαληφθείσα ανακοίνωση του Προέδρου του Οργανισμού δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, έχουσα κανονιστικό

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

χαρακτήρα , 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 στο νόμο, η δε κυκλοφορά των φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στο νόμο.

22. Επειδή, περαιτέρω, η θεσμοθέτηση της ΑΕΠΠ, με το ΒΙΒΛΙΟ IV του Ν. 4412/2016, ως Ανεξάρτητης Διοικητικής Αρχής με αρμοδιότητα επίλυσης διαφορών (άνω των 60.000) από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που υπάγονται στον Ν. 4412/2016 (άρθρο 345 παρ. 1, ομοίως άρθρο 1α) Π.Δ. 39/2017), συνιστά μεν μεγάλη νομική καινοτομία, η δε Αρχή υπάγεται, από τη σκοπιά του γενικού διοικητικού δικαίου, στην έννοια του διοικητικού οργάνου που ανήκει στο νομικό πρόσωπο του Κράτους, ώστε αυτονόητα να μην της επιτρέπεται να ανεξαρτητοποιείται από τις ακυρωτικές αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων, τις οποίες οφείλει να σέβεται και να εφαρμόζει σύμφωνα με την σχετική συνταγματική επιταγή..

23. Επειδή, επέκεινα ο τελικός έλεγχος της κάθε υπόθεσης όπως εισφέρεται ενώπιον της ΑΕΠΠ με την κατάθεση Προδικαστικής Προσφυγής, πραγματοποιείται ενώπιον των διοικητικών εφετείων και, για τις μεγάλης σπουδαιότητας υποθέσεις στο, Συμβούλιο της Επικρατείας (πρβλ. ΣτΕ 2543/1999, 96/2003 και 3305/2006), τα οποία υπάγουν τις προσβαλλόμενες αποφάσεις των σχηματισμών της ΑΕΠΠ σε έλεγχο νομιμότητας (άρθρα 95 παρ. 5 Σ, 1επ. Π.Δ. 18/1989 ΦΕΚ Α΄ και 372 παρ. 4 Ν. 4412/2016 (όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 27 Ν. 4491/2017 και άρθρο 87 παρ.2 Ν. 4478/2017).

24. Επειδή, η ΑΕΠΠ οφείλει να σεβαστεί, στα πλαίσια του «δημιουργικού διαλόγου» που αναπτύσσει η Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή με τα διοικητικά δικαστήρια σε υποθέσεις δημοσίων συμβάσεων του Ν. 4412/2016, τη διαμορφωθείσα πλέον νομική κατεύθυνση σε επίπεδο συγκριτικής νομολογίας, όπου στο κείμενο των αντίστοιχων ανασταλτικών αποφάσεων γίνεται κοινά λόγος για «πιθανολόγηση βασιμότητας» των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της ήδη προσφεύγουσας εταιρίας, έτσι ώστε να αναμένεται πως και η οριστική

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

κρίση των ανωτέρω διοικητικών εφετειών θα ακολουθήσει την κατεύθυνση αυτή οριστικά.

25. Επειδή, τελικώς, η αμετάκλητη επίλυση του επίμαχου νομικού ζητήματος συνδέεται με τη δημοσίευση της ακυρωτικής απόφασης του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου επί της ανωτέρω από 11.4.2017 και με αριθμό κατάθεσης 1115/2017 αίτηση ακύρωσης κατά της ως άνω «Ανακοίνωσης», απόφαση την οποία οφείλουν να εφαρμόσουν τα εσωτερικά διοικητικά εφετεία.

26. Επειδή, κατ' ακολουθία, στην προκείμενη περίπτωση, ως ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή με τις προσκομιζόμενες απόψεις της (βλ. σκ. 16 της παρούσας) η ένδικη διακήρυξη ουδόλως προβλέπει ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν και να προσκομίσουν άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ και συνεπώς παρανόμως παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του ιατρικού οξυγόνου (υγρού και αέριου) και του πρωτοξειδίου του αζώτου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ και συνεπώς, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτός και τα αντίθετα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή να απορριφθούν ως αβάσιμα (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 137/2017, 120/2018, 130/2018 κ.α).

27. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι αντίθετη με την αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων (άρθρο 4 παρ. 1 Σ και 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) η αντιμετώπιση 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.

28. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες απόψεις της αναφέρει ότι «Στο άρθρο 2.3.1 «ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ» της διακήρυξης προσδιορίζεται με σαφήνεια το κριτήριο ανάθεσης, ήτοι «η πλέον συμφέρουσα

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής» και επιπρόσθετα διευκρινίζεται ότι «Η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών θα γίνει για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας για όσους συμμετέχοντες έχουν γίνει αποδεκτοί στο προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού (δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνική προσφορά).», χωρίς ωστόσο να αντικρούει τον προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας .

29. Επειδή, με δεδομένο ότι έγινε δεκτός ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφυγής.

30. Επειδή με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται πως η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, κατά το μέρος που στις Τεχνικές Προδιαγραφές, στο Παράρτημα Ι ορίζει την υποχρέωση του προμηθευτή να πληροί τις φιάλες ιατρικών αερίων – φαρμάκων του Νοσοκομείου, ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας του (σελ 42 της διακήρυξης) και της παραχώρησης (σε περίπτωση που του ζητηθεί από το Νοσοκομείο) φιαλών (περιεκτών) έναντι μηνιαίου μισθώματος, συγκεκριμένης χωρητικότητας (Παράρτημα ΙΙ, σελ 45 και 46 της διακήρυξης) και ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας που διαθέτει, είναι παράνομη καθώς ο προμηθευτής ιατρικών αερίων (που εμπίπτουν στην έννοια των φαρμάκων) μπορεί να παρέχει τα εν λόγω ιατρικά αέρια μόνο σε περιέκτες οι οποίοι φέρουν τα χαρακτηριστικά που αναφέρονται στην Άδεια Κυκλοφορίας του (π.χ. αναφορά - μεταξύ άλλων- σε μέγεθος φιάλης ή / και κατασκευαστή κλπ), κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (άρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

31. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες απόψεις της αναφέρει ότι «Στο άρθρο 2.1.3 «ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ» της διακήρυξης δίνεται η δυνατότητα στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν το αργότερο 8 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (ήτοι έως 26/6/2018) αιτήματα για συμπληρωματικές πληροφορίες ή διευκρινίσεις σχετικές με τα έγγραφα του διαγωνισμού. Η εταιρείαΑΕ

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

ΔΕΝ έκανε χρήση αυτού του δικαιώματος προκειμένου να ενημερωθεί για τα ποιοτικά χαρακτηριστικά των φιαλών που διαθέτει το νοσοκομείο.».

32. Επειδή στο Παράρτημα Ι- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ στη σελίδα 42 της διακήρυξης, όπου γίνεται λόγος για τα ιατρικά αέρια σε σιδηροφιάλες αναφέρεται ότι «Ο προμηθευτής που θα αναδειχθεί υποχρεούται να παραδίδει τις ποσότητες των αερίων εντός σιδηροφιαλών στο κάθε Νοσοκομείο στην αποθήκη του κατά τις εργάσιμες ημέρες και ώρες. Αν το Νοσοκομείο δεν διαθέτει επαρκή αριθμό φιαλών, τότε ο προμηθευτής θα τους παραχωρεί φιάλες έναντι μηνιαίου μισθώματος το οποίο θα αναφέρει στην προσφορά του. Επίσης στην προσφορά του θα αναφέρει τιμή για αγορά καινούργιων και αμεταχείριστων φιαλών (διαφόρων μεγεθών). Στην περίπτωση αυτή η πίεση λειτουργίας των φιαλών πρέπει ΑΠΑΡΑΙΤΗΤΩΣ να είναι 200 bar (εκτός των φιαλών ασετιλίνης) και η χωρητικότητα διαφόρων μεγεθών για το οξυγόνο και 35 kgf για το πρωτοξείδιο του αζώτου και το διοξείδιο του άνθρακα στις αντιστοίχου μεγέθους φιάλες. Οι φιάλες θα πρέπει να είναι χρωματισμένες σύμφωνα με τους κανονισμούς του Ελληνικού Οργανισμού Τυποποίησης (ΕΛΟΤ) EN 1089.03 [...]» και εν συνεχεία στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ με τίτλο «Πίνακας ειδών-Ζητούμενες Ποσότητες-Προϋπολογισθείσα Δαπάνη - Πίνακες προς συμπλήρωση» παρατίθεται αναλυτικός πίνακας για το κόστος αγοράς και μηνιαίας ενοικίασης για κάθε τύπο φιάλης ιατρικών αερίων με την υποσημείωση ότι ο πίνακας αυτός θα πρέπει να συμπληρωθεί και να υπογράψει ψηφιακά από τους προσφέροντες που θα συμμετέχουν στην ΟΜΑΔΑ Β.

33. Επειδή, με δεδομένο α) ότι έγινε δεκτός ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, ήτοι ότι παρανόμως η ένδικη διακήρυξη παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του ιατρικού οξυγόνου (υγρού και αέριου) και του πρωτοξειδίου του αζώτου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ, β) ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής συνδέεται άμεσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, γ) ότι μαζί με το ιατρικό αέριο που εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου «συναδειοδοτείται» με άδεια κυκλοφορίας και ο περιέκτης/φιάλη του ιατρικού αερίου, δ) ο προμηθευτής ιατρικών αερίων μπορεί να παρέχει τα εν λόγω ιατρικά αέρια μόνο σε περιέκτες οι οποίοι φέρουν τα

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

χαρακτηριστικά που αναφέρονται στην άδεια κυκλοφορίας του (μέγεθος φιάλης, χωρητικότητα, πίεση λειτουργίας των φιαλών, επωνυμία κατασκευαστή κτλ.) και ε) ότι η χωρητικότητα των φιαλών δεν επηρεάζει τα ποιοτικά χαρακτηριστικά ούτε τη τιμή του παρεχόμενου αερίου, οι απαιτήσεις της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση του προμηθευτή, να γεμίζει τις φιάλες των ιατρικών αερίων που διαθέτει το νοσοκομείο και της παραχώρησης φιαλών έναντι μηνιαίου μισθώματος και την υποβολή προσφοράς φιαλών συγκεκριμένων ποιοτικών χαρακτηριστικών και δη συγκεκριμένης χωρητικότητας ως προσδιορίζεται στους σχετικούς προαναφερομένους στην προηγούμενη σκέψη πίνακες, ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας που διαθέτει ο προμηθευτής, είναι μη νόμιμες και πρέπει να ακυρωθούν, ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ο ισχυρισμός δε της αναθέτουσας ότι η προσφεύγουσα δεν έκανε χρήση του δικαιώματος παροχής διευκρινήσεων, προκειμένου να ενημερωθεί για τα ποιοτικά χαρακτηριστικά των φιαλών που διαθέτει το νοσοκομείο είναι αβάσιμος και ως εκ τούτου απορριπτέος, διότι ως αναλυτικά εκτέθη ανωτέρω η εν λόγω απαίτηση σχετίζεται άμεσα με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στην ένδικη διακήρυξη τον όρο ότι οι προμηθευτές πρέπει να διαθέτουν και να καταθέσουν, επί ποινή αποκλεισμού, εκτός άλλων άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ και ουδόλως επηρεάζει το γεγονός εάν η προσφεύγουσα ακολούθησε την καθοριζόμενη στο άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης διαδικασία και να ζητήσει, πριν την υποβολή της προσφοράς της, την παροχή διευκρινήσεων, ως προς τα σημεία των τεχνικών προδιαγραφών, τα οποία, κατά την γνώμη της, έχρηζαν περαιτέρω επεξηγήσεων.

34. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης : 595/2018

Ακυρώνει α) την παράλειψη της με αρ. 18354/2018 διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου Τρικάλων περί Ηλεκτρονικού Τακτικού Ανοικτού Διαγωνισμού για την προμήθεια του είδους «ΟΞΥΓΟΝΟ (Ιατρικά αέρια)» CPV 24111900-4 για ένα έτος συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 104.484,88 Ευρώ με ΦΠΑ και 84.262,00 € άνευ ΦΠΑ και δικαίωμα εξάμηνης παράτασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 60413) καταχωρηθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: 18PROC003242321 2018-06-12, να συμπεριλάβει στις Τεχνικές Προδιαγραφές για το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο) και για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου την υποχρέωση των προμηθευτών να διαθέτουν, επί ποινή αποκλεισμού, εκτός άλλων, αντίστοιχη άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ την οποία θα πρέπει να καταθέσουν με την προσφορά τους και β) τις απαιτήσεις της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση του προμηθευτή, να γεμίζει τις φιάλες των ιατρικών αερίων που διαθέτει το νοσοκομείο και της παραχώρησης φιαλών έναντι μηνιαίου μισθώματος και την υποβολή προσφοράς φιαλών συγκεκριμένων ποιοτικών χαρακτηριστικών και δη συγκεκριμένης χωρητικότητας ως προσδιορίζεται στους σχετικούς πίνακες του Παραρτήματος ΙΙ της ως άνω διακήρυξης

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του Παραβόλου ποσού εξακοσίων ευρώ (€600).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 31 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη