

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20.08.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.07.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 650/12.07.2018, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», που εδρεύει θέση {...}, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά όρων της υπ' αριθ. 17/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου {...} για τη διεξαγωγή ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΟΞΥΓΟΝΟΥ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 109.928,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και 88.651,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για ένα έτος, με δικαίωμα 3μηνιαίας παράτασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναθεώρηση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης υπ' αριθ. 17/2018, κατά τρόπο ώστε - όπως ισχυρίζεται - να επιτρέψει την ισότιμη, χωρίς απόρριψη της προσφοράς της, συμμετοχή της στο διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 697/2018

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. 17/2018 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου {...} προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός σε τμήματα με αντικείμενο την προμήθεια «ΟΞΥΓΟΝΟΥ», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 109.928,40 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και δυνατότητα υποβολής προσφοράς είτε για την ενότητα των δεξαμενών, είτε για την ενότητα των αερίων σε φιάλες είτε και για τις δύο ενότητες, όπου στην πρώτη περίπτωση (υγρό οξυγόνο) είναι υποχρεωτική -επί ποινή απόρριψης- η υποβολή προσφοράς για όλη την ενότητα ενώ στη δεύτερη περίπτωση (αέρια σε φιάλες), η προσφορά δύναται να αφορά και σε μέρος των ειδών. Η ως άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.06.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 28.06.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 61280.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 224048543958 0910 0042), ποσού 600,00 €, το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, δεδομένης της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) της υπόψη σύμβασης.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 88.651,94 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 € εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού, και συνεπώς

Αριθμός απόφασης: 697/2018

παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η ανωτέρω προσβαλλόμενη πράξη, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 28.06.2018, η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 3, πεδίο (7) περ. Δ') ότι έλαβε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης στις 05.07.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10 ήμερη προθεσμία προς άσκησης της Προσφυγής (ΑΕΠΠ 5/2017, σκ. 10) και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 12.07.2018.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, 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

Αριθμός απόφασης: 697/2018

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.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά επιμέρους όρων της υπ' αριθ. 17/2018 Διακήρυξης ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΟΞΥΓΟΝΟΥ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής και με δικαίωμα υποβολής προσφοράς είτε για την ενότητα των δεξαμενών, είτε για την ενότητα των αερίων σε φιάλες, είτε και για τις δύο ενότητες, όπου στην πρώτη περίπτωση (υγρό οξυγόνο) είναι υποχρεωτική -επί ποινή απόρριψης- η υποβολή προσφοράς για όλη την ενότητα, ενώ στη δεύτερη περίπτωση (αέρια σε φιάλες), η προσφορά δύναται να αφορά και σε μέρος των ειδών, αιτούμενη την αναθεώρηση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης, κατά τρόπο ώστε - όπως ισχυρίζεται- να επιτρέπει την ισότιμη, χωρίς απόρριψη της προσφοράς της, συμμετοχή στο διαγωνισμό με δικαίωμα υποβολής προσφοράς τόσο για την ενότητα του αέριου οξυγόνου, όσο και για την ενότητα του υγρού οξυγόνου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της ισχύουσας εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας, και δη των διατάξεων των άρθρων 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β'/1049/29.04.2013) και του άρθρου 6 παρ. 1 της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ, παραλείπεται από τη διακήρυξη όρος κατά τον οποίο να απαιτείται οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό να υποβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού με την τεχνική τους προσφορά άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για το αέριο οξυγόνο, ως ανάλογος όρος εμπεριέχεται στο Παράρτημα ΙΙ – Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης (σελ. 38) για το υγρό οξυγόνο. Και τούτο διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία το αέριο οξυγόνο εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου και συνεπώς δεν επιτρέπεται η διακίνησή του εάν ο

Αριθμός απόφασης: 697/2018

προμηθευτής δε διαθέτει την προαναφερθείσα έγκριση κυκλοφορίας που χορηγείται από τον ΕΟΦ. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος της διακήρυξης κατά τον οποίο απαιτείται οι προσφέροντες να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το υγρό οξυγόνο, παραλείποντας την αυτή απαίτηση και για τους προσφέροντες αέριο οξυγόνο, παραβιάζει τη συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Σ) όπως και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (άρθρο 18 του Ν. 4412/2016) διότι, αφενός μεν αντιμετωπίζει τους οικονομικούς φορείς που διαθέτουν όλα τα απαιτούμενα κατά το νόμο δικαιολογητικά με τον ίδιο τρόπο και το ίδιο κριτήριο (πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής) με τους φορείς που δε διαθέτουν τα απαιτούμενα από την κείμενη νομοθεσία δικαιολογητικά για τη νόμιμη κυκλοφορία των υπό προμήθεια ειδών, αφετέρου δε απαιτεί εντός της ίδιας διακήρυξης διαφορετικά δικαιολογητικά για όμοια προϊόντα. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα και δη κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων προβλέπεται στο Παράρτημα ΙΙ – Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης (πίνακας σελ. 37), η υποχρέωση του προσφέροντα να παραχωρεί δωρεάν στο νοσοκομείο τη χρήση των περιεκτών (φιαλών), τις οποίες μάλιστα ο προσφέρων απαιτείται να παράσχει σε συγκεκριμένα μεγέθη, ήτοι φιάλες συγκεκριμένης χωρητικότητας, ανεξαρτήτως της άδειας κυκλοφορίας που διαθέτει. Επί του τελευταίου αυτού ισχυρισμού, η προσφεύγουσα προβάλλει ειδικότερα ότι, λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά την κείμενη νομοθεσία μαζί με το αέριο οξυγόνο που εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου συναδειοδοτείται (με άδεια κυκλοφορίας) και ο περιέκτης αυτού (φιάλες κτλ), το κόστος του οποίου ανέρχεται σε 200-300 ευρώ περίπου ανά φιάλη, δε νοείται η εντελώς δωρεάν παραχώρηση αυτών στο νοσοκομείο, καθώς τούτο δε συνάδει με την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού και δεσμεύει υπέρμετρα τους ενδιαφερόμενους να συμμετέχουν σε αυτόν. Δεδομένου δε ότι σε κάθε άδεια κυκλοφορίας αναφέρεται μεταξύ άλλων και το μέγεθος (χωρητικότητα) των φιαλών για τις οποίες έχει αδειοδοτηθεί ο κατέχων την άδεια, προκύπτει ότι ο κάθε προμηθευτής μπορεί να παράσχει συγκεκριμένα μεγέθη φιαλών, με

Αριθμός απόφασης: 697/2018

αποτέλεσμα εκ του ως άνω όρου της διακήρυξης, το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων να συναρτάται προς το τυχαίο γεγονός εάν στην άδεια κυκλοφορίας που διαθέτουν συμπεριλαμβάνονται τα ζητούμενα μεγέθη φιαλών. Κατόπιν τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την αναθεώρηση των προσβαλλόμενων όρων, αίτημα το οποίο κατ' ορθή ερμηνεία συνίσταται κατ' ουσίαν στην ακύρωση των ως άνω προσβαλλόμενων όρων για τους λόγους που εκτίθενται ως άνω και αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή της.

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας διαφόρων ιατρικών αερίων, έχοντας συμμετάσχει σε πολλούς δημόσιους διαγωνισμούς νοσοκομείων με το αυτό αντικείμενο, όπως και έχοντας αναλάβει την εκτέλεση πολλών εξ'αυτών, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, αφενός μεν διότι η παράλειψη της διακήρυξης να απαιτεί άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ και για το προσφερόμενο είδος του αέριου οξυγόνου άγει σε μη σύνομη συμμετοχή στο διαγωνισμό και στην αξιολόγηση προσφορών διαγωνιζομένων που δεν πληρούν την εν λόγω προϋπόθεση, υφίσταται δε ενδεχόμενο να προκριθεί η προσφορά ενός διαγωνιζόμενου που δε διαθέτει την εν λόγω άδεια έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία είναι κάτοχος νόμιμης άδειας κυκλοφορίας του αέριου οξυγόνου, και ως εκ τούτου η προσφεύγουσα να στερηθεί τη δυνατότητα σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης, αφετέρου δε διότι στην άδεια κυκλοφορίας της αναφέρονται συγκεκριμένα ποιοτικά χαρακτηριστικά φιαλών, τα οποία πιθανώς να μη συνάδουν με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, αποκλείοντας εξαιτίας ενός τυχαίου λόγου τη δυνατότητά της να αξιολογηθεί θετικά και να γίνει δεκτή η προσφορά της, και ως εκ τούτου να οδηγηθεί στη σύναψη μίας δημόσιας σύμβασης.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 20912/20.07.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής και ειδικότερα επί των προσβαλλόμενων με αυτήν όρων της επίμαχης Διακήρυξης,

Αριθμός απόφασης: 697/2018

προβάλλοντας κατ'αρχήν ότι, κατόπιν και της κρίσεως του Διοικητικού Εφετείου Χανίων με τις με αριθ. 10/2017 και 126/2018 αποφάσεις του, θα πρέπει να γίνει δεκτός ο λόγος προσφυγής κατά τον οποίον εσφαλμένως δεν συμπεριλήφθηκε στην υπόψη διακήρυξη η απαίτηση οι συμμετέχοντες να προσκομίζουν άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για τη διακίνηση του αέριου οξυγόνου. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει ως μη νόμιμους, αβάσιμους και καταχρηστικούς το δεύτερο και τον τρίτο λόγο προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι τόσο η απαίτηση υποβολής φιαλών συγκεκριμένης χωρητικότητας όσο και η απαίτηση της παραχώρησης χρήσης των περιεκτών (φιάλες αερίου οξυγόνου) εντελώς δωρεάν τίθενται προκειμένου να υπάρχει ευρύ φάσμα διαγωνιζομένων στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία με γνώμονα την εξυπηρέτηση του οικονομικού συμφέροντος του Δημοσίου, επικαλούμενη μάλιστα ειδικά σε σχέση με την απαίτηση της δωρεάν παραχώρησης των περιεκτών και την 201/2014 Πράξη του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών - Τμήμα IV του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την οποία επεστράφη αθεώρητο ένταλμα που αφορούσε πληρωμή οξυγόνου με ξεχωριστή υποχρέωση για τη μεταφορά και ενοίκιο φιαλών.

10. 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 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

Αριθμός απόφασης: 697/2018

οποία χορηγείται από τον ίδιο τον ΕΟΦ (βλ. μεταξύ άλλων: την υπ' αριθ. πρωτ. 400035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» Προέδρου ΕΟΦ υπ' αριθ. 1, την υπ' αριθ. 62060 απόφαση Προέδρου ΕΟΦ, κατ' αποδοχή σχετικής γνωμοδότησης (CPMP/QWP/1719/00 Rev 1/9-7-2008) της Επιτροπής Φαρμάκων Ανθρώπινης Χρήσης, που λειτουργεί στο πλαίσιο του Ευρωπαϊκού Οργανισμού Φαρμάκων κατά την οποία τα ιατρικά αέρια πρέπει να θεωρηθούν ως φαρμακευτικά προϊόντα σύμφωνα με το άρθρο 2.1 της Οδηγίας του Συμβουλίου 65/65/ΕΚ, με την οποία τροποποιήθηκε η προηγούμενη 0-833/18^η/6.10.2008 (ΦΕΚ Β' 135/2009) απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, με την προσθήκη Παραρτήματος 6, στο οποίο προβλέφθηκε ότι : «ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ ΑΡΧΗ Τα αέρια που πληρούν τον ορισμό των φαρμακευτικών προϊόντων σύμφωνα με την Οδηγία 2001/83 ή την Οδηγία 2001/82 υπόκεινται στις απαιτήσεις που τίθενται σε αυτές τις οδηγίες, συμπεριλαμβανομένων και των απαιτήσεων παραγωγής. Το παρόν παράρτημα ασχολείται με την παραγωγή δραστικών α' υλών αερίων και την παραγωγή ιατρικών αερίων»).

11. Επειδή, ο Ε.Ο.Φ., έχοντας συσταθεί για τον έλεγχο της νόμιμης κυκλοφορίας των φαρμάκων προς προάσπιση της δημόσιας υγείας (Ν. 1316/1983 ΦΕΚ Α' 3, όπως ισχύει), ανάρτησε ειδικά στην ιστοσελίδα του αρχικά στις 10.2.2017, εν συνεχεία και πάλι στις 28.4.2017 την υπ' αριθ. πρωτ. 40035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» (όπως τιτλοφορείται), σύμφωνα με την οποία: *«2. Επειδή, λόγω των ερωτημάτων που περιέχονται 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*

Αριθμός απόφασης: 697/2018

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 παρεμβαίνουσα εταιρεία, «.....», καταθέτοντας την από 11.4.2017 και με Αριθμό Κατάθεσης 1115/2017 Αίτηση Ακύρωσης.

12. Επειδή, το νομικό ζήτημα που τίθεται με τον πρώτο λόγο της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής έγκειται στο κατά πόσο είναι σύμφωνη με το ενωσιακό και ελληνικό δίκαιο η παράλειψη της διακήρυξης να επιβάλλει στους συμμετέχοντες στον υπόψη δημόσιο διαγωνισμό προμηθευτές για το είδος του αέριου οξυγόνου συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή, συνιστάμενη στην απαίτηση ο προσφέρων να διαθέτει άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. για το εν λόγω προϊόν, ως αναλόγως απαιτείται με ρητό όρο της διακήρυξης για την προμήθεια αέριου οξυγόνου, δεδομένης μάλιστα της από 10.02.2017 Ανακοίνωσης του Προέδρου του Ε.Ο.Φ. (η οποία αναρτήθηκε με αριθ. πρωτ. 40035/28.04.2017 στο διαδικτυακό τόπο του Οργανισμού), σύμφωνα με την οποία κλήθηκαν οι δραστηριοποιούμενες στο χώρο παραγωγής και διακίνησης ιατρικών αερίων εταιρίες που διαθέτουν μεν άδεια παραγωγής, όχι όμως και άδεια κυκλοφορίας, να μεριμνήσουν ώστε να εφοδιαστούν με την τελευταία, προκειμένου δε να μην εμφανιστεί πρόβλημα ελλείψεως σε ιατρικά αέρια στα νοσοκομεία της χώρας, χορηγήθηκε στις εν λόγω επιχειρήσεις εύλογη προθεσμία συμμόρφωσης έως τις 30.06.2018.

13. Επειδή, το νομικό αυτό ζήτημα ετέθη αρκετές φορές ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., ήδη από τις πρώτες εβδομάδες της σύστασής της (ήτοι από την 26.6.2017), όπου με σχετικές προδικαστικές προσφυγές προσβλήθηκε άλλοτε ο όρος της διακήρυξης κατά τον οποίο απαιτούνταν για την προμήθεια των εκάστοτε ιατρικών αερίων επί ποινή απόρριψης της προσφοράς των διαγωνιζομένων και η προσκόμιση νόμιμης άδειας κυκλοφορίας του προϊόντος από τον ΕΟΦ και άλλοτε ο όρος της διακήρυξης κατά τον οποίον παραλειπόταν η απαίτηση αυτή μεταξύ των ελάχιστων απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών

Αριθμός απόφασης: 697/2018

του υπό προμήθεια είδους. Επί των προσφυγών αυτών εκδόθηκαν αρχικώς οι με αριθ. 14/2017, 50/2017, 138/2017 και 144/2017 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, με τις οποίες κατεβλήθη προσπάθεια για ενιαία αντιμετώπιση του ζητήματος, κατά την εξέταση των αντίστοιχων υποθέσεων από τα αρμόδια Κλιμάκια, και με τις οποίες κατ'ουσίαν κρίθηκε ότι δέον να μην απαιτείται επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς των διαγωνιζομένων η προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας για τα υπό προμήθεια είδη ιατρικών αερίων κατά το μεταβατικό διάστημα προσαρμογής της ελληνικής φαρμακευτικής αγοράς που έχει θέσει η ανωτέρω «Ανακοίνωση» της Προέδρου του Ε.Ο.Φ., ήτοι μέχρι την 30.06.2018 (καταληκτική περίοδος συμμόρφωσης).

14. Επειδή, υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς περί έννομης προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, Ν. 3886/2010, είχαν ήδη εκδοθεί – κατά τον χρόνο που οι αντίστοιχες πρώτες Προδικαστικές Προσφυγές κατατέθηκαν στην Α.Ε.Π.Π. προς εξέταση – οι υπ' αριθ. ΣτΕ (Δ' Τμήμα Αναστολών) 193/21.08/2017 και ΔΕφΛαρ (Αναστ. / Τμήμα Γ' Τριμελές) 26/22.06.2017 απορριπτικές αποφάσεις των αιτημάτων αναστολής της προσφεύγουσας εταιρίας, «.....», καθώς και οι ΔΕφΠατρ (Αναστ.) Ν29/23.06.2017 και ΜονΔΕφΧανίων (Αναστ.) 10/24.03.2017, με τις οποίες γίνονταν αποδεκτές αντίστοιχες αιτήσεις αναστολής.

15. Επειδή, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, και υπό το νέο νομοθετικό πλαίσιο περί έννομης προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, όπως θεσπίζεται με το Ν. 4412/2016 (άρθρο 345 επ.), τη νομολογία των Δικαστηρίων έχει απασχολήσει το συναφές με το παρόν νομικό ζήτημα, ήτοι το ερώτημα εάν είναι νόμιμος ή μη όρος της Διακήρυξης κατά τον οποίο προβλέπεται ότι οι προμηθευτές ιατρικών αερίων πρέπει να κατέχουν και άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για τα υπό προμήθεια είδη επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς τους ή αν ο όρος αυτός δεν είναι νόμιμος εφόσον καλύπτεται η συγκεκριμένη απαίτηση για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα από την Ανακοίνωση του ΕΟΦ σύμφωνα με την οποία κλήθηκαν οι δραστηριοποιούμενες στο χώρο

Αριθμός απόφασης: 697/2018

παραγωγής και διακίνησης ιατρικών αερίων εταιρίες που διαθέτουν μεν άδεια παραγωγής, όχι όμως και άδεια κυκλοφορίας, να μεριμνήσουν ώστε να εφοδιαστούν με την τελευταία, προκειμένου δε να μην εμφανιστεί πρόβλημα ελλείψεως σε ιατρικά αέρια στα νοσοκομεία της χώρας, χορηγήθηκε στις εν λόγω επιχειρήσεις εύλογη προθεσμία συμμόρφωσης έως τις 30.06.2018. Επί του ζητήματος τούτο, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, έχουν εκδοθεί, σε επίπεδο παροχής προσωρινής προστασίας η ΔΕφΘεσ 126/16.11.2017, με την οποία έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. AN150/09.10.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ' αριθ. 50/2017 απόφασης του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. που κατέθεσε η προσφεύγουσα εταιρία, «.....», η ΔΕφΠατρών Ν1/17.01.2018, με την οποία ομοίως έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. AN70/01.12.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ. αριθ. 144/2017 απόφασης του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π της προσφεύγουσας εταιρίας «.....». Τέλος, σε επίπεδο οριστικής προστασίας, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, έχει εκδοθεί και η ΔΕφΧανίων 126/2018, με την οποία ομοίως έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. ΑΚ 10/30.01.2017 Αίτηση Ακύρωσης της προσφεύγουσας εταιρίας «.....» κατά της τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής της κατά όρων συναφούς διακήρυξης.

16. Επειδή, 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

Αριθμός απόφασης: 697/2018

κριθεί αν συντρέχει λόγος να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005, ΣτΕ 367/2001), η έκδοσή της δεν φαίνεται να στηρίζεται στο άρθρο 6 παρ. 8 του ν. 1316/1983 (ΦΕΚ Α' 3), το οποίο αφορά σε λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας από προϊόντα των οποίων η παραγωγή, η εισαγωγή, η διακίνηση και γενικώς η κυκλοφορία δεν ανταποκρίνονται στις νόμιμες προδιαγραφές και πάντως απαιτεί τα μέτρα αυτά να επικυρώνονται με απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, προεχόντως διότι δεν προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια εγκριτική της ανακοινώσεως πράξη του Δ.Σ. του Οργανισμού. Επίσης, η έκδοση της εν λόγω πράξεως δεν φαίνεται να στηρίζεται ούτε στο άρθρο 3 παρ. 8 του ίδιου νόμου, το οποίο αφορά στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στο νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Ενόψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμος και κατά πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός που προέβαλε η αιτούσα με την προδικαστική προσφυγή της και επαναφέρει τώρα με την κρινόμενη αίτηση, ότι η ένδικη διακήρυξη παρανόμως παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον ένδικο διαγωνισμό απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ. 11. Επειδή, περαιτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι δεν προκύπτει από τα περιλαμβανόμενα στο φάκελο στοιχεία ότι υφίσταται πρόβλημα επάρκειας της αγοράς σε ιατρικά αέρια, ώστε να ερευνηθεί αν συντρέχει εν προκειμένω επιτακτικός λόγος γενικού δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει την απόρριψη της αίτησης. Επιπρόσθετα, λαμβάνει υπόψη ότι το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει τη νόμιμη κυκλοφορία προϊόντος που χαρακτηρίζεται ως φάρμακο, αλλά και την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία προς σύναψη δημόσιας σύμβασης. Ενόψει αυτών, σταθμίζοντας τα εκατέρωθεν συμφέροντα, κρίνει ότι πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση για τον λόγο που, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πιθανολογήθηκε ως βάσιμος...».

Αριθμός απόφασης: 697/2018

17. Επειδή, οι ίδιες ακριβώς ανωτέρω σκέψεις επαναλαμβάνονται και στην ΔΕφΠατρ Ν1/2018 απόφαση, όπου έγινε δεκτό ότι: « ...8. Σύμφωνα με τις διατάξεις που εκτέθηκαν στην 6η σκέψη, τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων, υποκείμενα έτσι στη διαδικασία αδειοδότησεως των φαρμάκων, με προφανή συνέπεια να απαιτείται για τη νόμιμη διακίνησή τους άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Εξάλλου, η προδιαληφθείσα Ανακοίνωση της Προέδρου του Οργανισμού δεν φαίνεται να αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, έχουσα κανονιστικό χαρακτήρα και νομιμοποιούσα έως τις 30.06.2018 τη διακίνηση ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ ..., κάτι άλλωστε που, όπως προελέχθη, έχει ήδη αποδειχθεί ρητώς και ο τελευταίος. Σε κάθε περίπτωση πάντως, δηλαδή και υπό την εκδοχή ότι η ως άνω Ανακοίνωση συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη με κανονιστικό χαρακτήρα, η οποία (εφόσον στηρίζει την επιλογή της αναθέτουσας Αρχής να μην απαιτήσει από τους συμμετέχοντες στον ένδικο διαγωνισμό για την προμήθεια υγρού οξυγόνου την κατοχή και προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ) ελέγχεται παρεμπιπτόντως στα πλαίσια της αιτήσεως αναστολής, προκειμένου να κριθεί αν συντρέχει λόγος να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005), η έκδοσή της δεν φαίνεται να στηρίζεται στο άρθρο 6 παρ. 8 του ν. 1316/1983, το οποίο αφορά σε λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας από προϊόντα των οποίων η παραγωγή, η εισαγωγή, η διακίνηση και γενικώς η κυκλοφορία δεν ανταποκρίνονται στις νόμιμες προδιαγραφές και πάντως απαιτεί τα μέτρα αυτά να επικυρώνονται με απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, προεχόντως διότι δεν προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια εγκριτική της ανακοινώσεως πράξη του Δ.Σ. του Οργανισμού. Επίσης, η έκδοση της εν λόγω πράξεως δεν φαίνεται να στηρίζεται ούτε στο άρθρο 3 παρ. 8 του ίδιου νόμου, το οποίο αφορά στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στον νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Ενόψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος –και κατά συνέπεια πρέπει να γίνει δεκτός– ο ισχυρισμός που

Αριθμός απόφασης: 697/2018

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 δηmosίου 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...».

18. Επειδή, ομοίως έκρινε και η ΔΕφΧανίων 126/2018 κατά το σκεπτικό της οποίας έγινε δεκτό ότι : «...10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ'αριθ. Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/29.04.2013 υπουργικής απόφασης και της υπ'αριθ. 62060/30.09.2010 απόφασης του Προέδρου του ΕΟΦ που εκτέθηκαν ως άνω, τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων και για τη νόμιμη διακίνησή τους από τις εταιρίες παραγωγής και διάθεσης των ειδών αυτών, απαιτείται, πλέον των άλλων αδειών, και άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αιτούσα. Ενόψει τούτου, το καθ'ου Νοσοκομείο ΠΑΓΝΗ μη νομίμως παρέλειψε να περιλάβει στις τεχνικές προδιαγραφές της 72/2016 Διακήρυξης όρο με τον οποίο να απαιτεί οι υποψήφιοι προμηθευτές των ιατρικών αερίων να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Και τούτο ανεξαρτήτως της έκδοσης της προαναφερόμενης ανακοίνωσης του Προέδρου του ΕΟΦ, δεδομένου ότι η ανακοίνωση αυτή, ως εκ του περιεχομένου της, απευθυνόμενη στις εταιρίες παραγωγής και διακίνησης ιατρικών αερίων, έχει ενημερωτικό χαρακτήρα και δεν αποτελεί εκτελεσθή διοικητική πράξη, ούτε έχει κανονιστικό χαρακτήρα, ώστε να νομιμοποιεί μέχρι

Αριθμός απόφασης: 697/2018

την 30.06.2018 τη διακίνηση ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό (ΕΟΦ), εφόσον η έκδοσή της δε στηρίζεται στις διατάξεις του άρθρου 6 του ν. 1316/1983, στις οποίες ορίζονται οι αρμοδιότητες του Προέδρου του ΕΟΦ, ούτε ειδικότερα στην παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου, διότι δεν συντρέχουν οι τιθέμενες σε αυτό προϋποθέσεις και συγκεκριμένα η λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας, αλλά ούτε και εγκριτική της ανακοίνωσης πράξη του Δ.Σ. του ΕΟΦ. 11. Επειδή, κατόπιν τούτων, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η τεκμαιρόμενη σιωπηρή απόρριψη της υπ'αριθ. 7/5.1.2017 προδικαστικής προσφυγής που άσκησε η αιτούσα κατά της υπ'αριθ. 72/2016 Διακήρυξης».

19. Επειδή, από τις προαναφερόμενες προσφάτως εκδοθείσες εφετειακές αποφάσεις, εναργώς προκύπτει μία σαφής νομική κατεύθυνση και τάση της νομολογίας κατά την οποία τα ιατρικά αέρια ανήκουν στην κατηγορία των φαρμάκων και για τη νόμιμη διακίνησή τους από τις εταιρίες παραγωγής και διάθεσης των ειδών αυτών, απαιτείται, πλέον των άλλων αδειών, και άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ, ακολούθως δε και προς συμμόρφωση με την ως άνω κρίση των Διοικητικών Εφετειών έχουν εκδοθεί και οι ΑΕΠΠ 120/2018, 130/2018, 321/2018 και 372/2018, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα. Άλλωστε, κατόπιν συνεκτίμησης των πραγματικών γεγονότων που εκτίθενται στις σκέψεις 15-18 της παρούσας, προς την ίδια αυτή κατεύθυνση και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει ότι θα πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος προσφυγής. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι η υπόψη διακήρυξη εσφαλμένως παραλείπει να συμπεριλάβει όρο κατά τον οποίο να απαιτείται οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό να υποβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού με την τεχνική τους προσφορά άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για το αέριο οξυγόνο, όπως αναλόγως απαιτείται για το υγρό οξυγόνο, και ως εκ τούτου κρίνεται ως βάσιμος ο πρώτος λόγος προσφυγής.

20. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, με την έννοια ότι εντός της ίδιας διακήρυξης αφενός μεν κρίνονται με το αυτό κριτήριο προσφορές που

Αριθμός απόφασης: 697/2018

στηρίζονται εν μέρει σε μη νόμιμες κατά την κείμενη νομοθεσία απαιτήσεις και άλλες που είναι καθόλα νόμιμες και αφετέρου απαιτούνται διαφορετικά δικαιολογητικά για όμοια προϊόντα. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι, κατά τα προεκτεθέντα, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται ως βάσιμος, οι αιτιάσεις που προβάλλονται με το δεύτερο λόγο προσφυγής τίθενται κατ'ουσίαν επί τη βάσει τυχόν διατήρησης του πρώτου προσβαλλόμενου όρου και ως εκ τούτου καθίστανται ως άνευ αντικειμένου, δεδομένου ότι η κατοχή άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ συνιστά για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται ως άνω αναγκαία προϋπόθεση για τη σύννομη προμήθεια των υπόψη ειδών και όχι απαίτηση που τυχόν τίθεται κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι όροι της Διακήρυξης, όπως αποτυπώνονται στον πίνακα του Παραρτήματος II – Τεχνικές Προδιαγραφές – Υπόδειγμα I της υπόψη Διακήρυξης (βλ. σελ. 37 αυτής), κατά τους οποίους απαιτείται η προσφορά φιαλών συγκεκριμένης χωρητικότητας για το είδος του αέριου οξυγόνου τίθενται κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, για το λόγο ότι κατά το ισχύον πλαίσιο κάθε προμηθευτής μπορεί να παράσχει συγκεκριμένα μόνο μεγέθη φιαλών ανάλογα με τα οριζόμενα στην οικεία άδεια κυκλοφορίας του, με αποτέλεσμα εν προκειμένω να περιορίζεται παρανόμως το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων των οποίων η άδεια κυκλοφορίας δεν περιλαμβάνει τα συγκεκριμένα μεγέθη. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εξίσου αντίθετη προς την αρχή της ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού είναι και η απαίτηση δωρεάν παραχώρησης προς την αναθέτουσα αρχή των περιεκτών του υπό προμήθεια αέριου οξυγόνου, για το λόγο ότι μαζί με το εκάστοτε προϊόν αέριου οξυγόνου συναδειοδοτείται και ο περιέκτης αυτού, αδειοδότηση η οποία επιβαρύνεται με το ανάλογο κόστος ανά φιάλη, με αποτέλεσμα να είναι ασύμφορη και σε βάρος των διαγωνιζομένων η δωρεάν παραχώρηση αυτών.

22. Επειδή, οι ως άνω αιτιάσεις τόσο κατά το μέρος που αφορούν στο μη νόμιμο της απαίτησης προσφοράς φιαλών αέριου οξυγόνου

Αριθμός απόφασης: 697/2018

συγκεκριμένης μόνο χωρητικότητας όσο και κατά το μέρος που αφορούν στην απαίτηση δωρεάν παραχώρησης των φιαλών αερίου οξυγόνου σχετίζονται κατ'αρχήν με τη χορήγηση άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το συγκεκριμένο υπό προμήθεια είδος καθότι, όπως εκθέτει η προσφεύγουσα, κάθε άδεια κυκλοφορίας αφορά σε φιάλες συγκεκριμένης χωρητικότητας και επιβαρύνεται με ανάλογο κόστος για την συναδειοδότηση των περιεκτών του ιατρικού αερίου. Δεδομένου δε ότι, όπως έγινε δεκτό με τον πρώτο λόγο προσφυγής, είναι μη νόμιμη η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να απαιτείται οι διαγωνιζόμενοι να υποβάλλουν επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους και άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για το αέριο οξυγόνο, γίνεται αντιληπτό ότι υπό το πρίσμα της αναγκαίας αυτής προϋπόθεσης δέον να επανεξεταστούν και οι εν λόγω προσβαλλόμενοι όροι, συνεκτιμώντας τυχόν διατυπώσεις που αφορούν ειδικότερα στα όρια, το περιεχόμενο και το κόστος της χορηγούμενης ειδικά για το προϊόν του αερίου οξυγόνου άδειας κυκλοφορίας. Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν παρέχει σαφείς και αναλυτικές εξηγήσεις σχετικά με το εάν, κατά τα ισχύοντα, η χορηγούμενη άδεια κυκλοφορίας του αερίου οξυγόνου αφορά σε φιάλες συγκεκριμένης χωρητικότητας όπως και εάν απαιτείται συναδειοδότηση για τους περιέκτες του αερίου οξυγόνου, η οποία βαρύνεται με επιπλέον κόστος. Ο δε ισχυρισμός που προβάλλεται εκ μέρους της ότι η απαίτηση προσφοράς φιαλών συγκεκριμένου μεγέθους τέθηκε προς ενίσχυση του φάσματος των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στο επίμαχο τμήμα του διαγωνισμού οικονομικών φορέων δεν επαρκεί προς απόδειξη της νομιμότητας του οικείου όρου, διότι, υπό το αυτό πρίσμα της συμμετοχής όσο το δυνατόν περισσότερων οικονομικών φορέων για το εν λόγω τμήμα της διακήρυξης τίθενται και οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί του μη νόμιμου χαρακτήρα του εν λόγω όρου, σε κάθε δε περίπτωση λαμβάνοντας υπόψη ότι με τον επίμαχο όρο τίθεται μια επιπλέον απαίτηση, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής ότι ως εκ τούτου διασφαλίζεται ένα ευρύ φάσμα διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων ενέχει κατ'αρχήν μία αντίφαση, την οποία δεν αίρει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Ομοίως, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι η προσβαλλόμενη απαίτηση περί δωρεάν

Αριθμός απόφασης: 697/2018

παραχώρησης των φιαλών αερίου οξυγόνου τίθεται ώστε να υπάρχει ευρύ φάσμα διαγωνιζόμενων στην υπόψη διαδικασία, υπό το αυτό πρίσμα της ενίσχυσης της συμμετοχής των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων προσβάλλεται δια της παρούσας από την προσφεύγουσα, χωρίς η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της να υπεισέρχεται σε εξηγήσεις σχετικά με το τυχόν κόστος για επιβαρύνει την παροχή των φιαλών αυτών, σε κάθε δε περίπτωση ο ισχυρισμός περί του ότι ένταλμα που αφορούσε πληρωμή προμήθειας οξυγόνου με ξεχωριστή υποχρέωση για μεταφορά και ενοίκιο φιαλών δεν θεωρήθηκε από το αρμόδιο Κλιμάκιο του ΕλΣυν δεν επαρκεί προς απόδειξη της νομιμότητας του εν λόγω όρου. Ενόψει των ανωτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και ο τρίτος λόγος προσφυγής.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 224048543958 0910 0042) ποσού 600,00 ευρώ πρέπει να της επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό κρίση Προσφυγή.

Ακυρώνει : α) την παράλειψη της με αριθ. 17/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου Κορίνθου περί διενέργειας ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΟΞΥΓΟΝΟΥ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 109.928,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και 88.651,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, να συμπεριλάβει στις τεχνικές προδιαγραφές για το αέριο οξυγόνο την υποχρέωση των υποψήφιων προμηθευτών να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ και β) τους όρους της ως άνω Διακήρυξης κατά τους οποίους απαιτείται για το αέριο οξυγόνο η προσφορά φιαλών αερίου οξυγόνου συγκεκριμένης χωρητικότητας και η δωρεάν παραχώρηση της χρήσης αυτών, όπως οι όροι αυτοί

Αριθμός απόφασης: 697/2018

αποτυπώνονται στον πίνακα του Παραρτήματος II – Τεχνικές Προδιαγραφές – Υπόδειγμα I της υπόψη Διακήρυξης (βλ. σελ. 37 αυτής).

Αναπέμπει κατά το μέρος που αφορά στην ακυρωθείσα ως άνω παράλειψη προς την αναθέτουσα αρχή για να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 224048543958 0910 0042), ποσού 600,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 6 Σεπτεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα