

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19.07.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και
Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αναφορικά με 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 «.....» που εδρεύει στη θέση ως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξης του για τη διεξαγωγή ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού για την προμήθεια «.....», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 109.928,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και 88.651,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για ένα έτος, με δικαίωμα 3μηνης 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. κατά τρόπο ώστε - όπως ισχυρίζεται - να επιτρέψει την ισότιμη, χωρίς απόρριψη της προσφοράς της, συμμετοχή της στο διαγωνισμό.

Ετέρωθεν, η Προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. Διακήρυξη του ... προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός σε τμήματα με αντικείμενο την προμήθεια ... 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.Δ.Η.Σ.) στις 28.06.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

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 ποσού 600,00 €, το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, δεδομένης της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) της ενότητας στην οποία αφορά η υπόψη σύμβαση.

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.

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

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 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 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά επιμέρους όρων της υπ' αριθ. 1 Διακήρυξης ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια «
» 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

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

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 καθόσον, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το αέριο οξυγόνο εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου και συνεπώς δεν επιτρέπεται η διακίνησή του εάν ο 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

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

νόμιμα και δη κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων προβλέπεται στο Παράρτημα II – Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης (πίνακας σελ. 37), η υποχρέωση του προσφέροντα να παραχωρεί στο νοσοκομείο δωρεάν 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 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 για τους λόγους που εκτίθενται ως άνω και αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή της, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη προσφυγής.

12. 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 αυτών, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

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.

13. 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 οποία χορηγείται από τον ίδιο τον ΕΟΦ (βλ. μεταξύ άλλων: την υπ' αριθ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

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»).

14. 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 αερίου οξυγόνου συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή, συνιστάμενη στην απαίτηση ο προσφέρων να διαθέτει άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το εν λόγω προϊόν, ως αναλόγως απαιτείται με ρητό όρο της διακήρυξης για την προμήθεια αερίου 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.

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

15. Επειδή, το ζήτημα που τίθεται με τον πρώτο λόγο της εν λόγω Προσφυγής έχει απασχολήσει τη νομολογία μας με πληθώρα ήδη προγενέστερων αποφάσεων (βλέπε ΣτΕ Τμήμα Δ΄ Αναστ. 193/2017, ΔΕφΧανίων 10/2017, ΔΕφΘεσ 126/2017, ΔΕφΠατρών Ν29/2017) και δη με την υπ' αριθ. 24/2017 Πράξη της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010, διατάχθηκε η εισαγωγή στο ΣτΕ συναφούς εκκρεμούς υπόθεσης, ήτοι της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής εκκρεμούσης Αίτησης Αναστολής με αριθ. καταχ. Αν44/27.11.2017 και της ενώπιον αυτού Αίτησης Ακυρώσεως με αριθ. καταχ. ΑΚ 160/27.11.2017, όπου εν τέλει θα κριθεί ο χαρακτήρας της υπόψη Ανακοίνωσης.

16. Επειδή, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και εξέτασης του αιτήματος αναστολής, 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 μας 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 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 όλως προσφάτως εκδοθεί, σε επίπεδο παροχής προσωρινής προστασίας η ΔφΘεσ 126/16.11.2017, με την οποία έγινε αποδεκτή η υπ' αριθ. ΑΝ150/09.10.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ' αριθ. 50/2017 απόφασης

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

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. ΑΝ70/01.12.2017 Αίτηση Αναστολής κατά της υπ. αριθ. 144/2017 απόφασης του 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π της προσφεύγουσας εταιρίας «...» 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, από τις οποίες φαίνεται η τάση της νομολογίας ότι 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 έχουν εκδοθεί και οι ΑΕΠΠ 120/2018, 130/2018, 321/2018 και 372/2018, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα. Υπό τα δεδομένα τούτα κατά τον παρόντα χρόνο συνάγεται ότι η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη, ωστόσο για την οριστική κρίση επί της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015) και δη στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

17. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

18. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι θα υποστεί βλάβη από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως θίγει το δικαίωμα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά για αμφότερες τις ενότητες αυτού, επί ίσους όρους με τους λοιπούς ενδιαφερόμενους να συμμετέχουν στον υπόψη διαγωνισμό για αμφότερα τα είδη αυτού, σε κάθε δε περίπτωση ενδέχεται εκ των προσβαλλόμενων όρων να στερηθεί τη δυνατότητα σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης ενώ διαθέτει όλα τις απαιτούμενες κατά το νόμο προδιαγραφές προς τούτο.

19. Επειδή, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, οι οποίοι ως ήδη εκτέθηκε στη σκέψη 16 της παρούσας χρήζουν ενδεδειγμένης έρευνας, εμπριέχουν δε τεχνική κρίση, η οποία δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

20. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι του ανοίγματος τεχνικών και οικονομικών προσφορών, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των τεχνικών όρων της Διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης των πρακτικών της τεχνικής αξιολόγησης, στο βαθμό που η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος ήθελε κριθεί ως απαράδεκτη και μη σύμφωνη με τη Διακήρυξη, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα του αμφισβητούμενου τεχνικού όρου της διακήρυξης.

21. Επειδή, περαιτέρω, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προσφυγής αυτής.

22. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το μέρος που αφορά στην υποβολή προσφοράς για την ενότητα του αερίου σε φιάλες (αέριο οξυγόνο).

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 8), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

24. Επειδή, επέκεινα και εφόσον νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, θα πρέπει να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας για την ως άνω ενότητα του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α 331 /2018

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. 1 / 2018 Διακήρυξη του

για τη διεξαγωγή ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια « », προϋπολογιζόμενης δαπάνης 109.928,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και 88.651,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για ένα έτος, με δικαίωμα 3μηνης παράτασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, κατά το μέρος που αφορά στην ενότητα του αερίου σε φιάλες (αέριο οξυγόνο) της υπό ανάθεση σύμβασης.

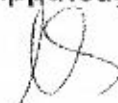
Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Ιουλίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος



Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπιέλης

Η Γραμματέας



Γεωργία Παν. Ντεμερούκα