

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20.05.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/454/15.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Διοίκησης της 2ης ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΠΕΙΡΑΙΩΣ ΚΑΙ ΑΙΓΑΙΟΥ [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ΔΘΝ6/2018 Διακήρυξη, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση μονάδων παραγωγής αερίου O₂, καθαρότητας 93 ± 3 %, σε πέντε (5) νοσοκομεία αρμοδιότητας της 2ης Υ.Πε. Πειραιώς και Αιγαίου».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ΔΘΝ6/2018 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση μονάδων παραγωγής αερίου O₂, καθαρότητας 93 ± 3 %, σε πέντε (5) νοσοκομεία αρμοδιότητας της 2ης Υ.Πε. Πειραιώς και Αιγαίου», συνολική

προϋπολογισθείσα δαπάνη 2.016.129,03€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 20.03.2019 με ΑΔΑΜ: 19PROC004647159 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την ίδια ημέρα με Α/Α 66864. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 07.05.2019 και ώρα 14.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 13.05.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Μετά την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 23694 και 23695/17.04.2019 αποφάσεις της Διοικήτριας της μετέθεσε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για την 20.06.2019 και ώρα 14.00 μ.μ. και την ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών για την 25.06.2019 και ώρα 10.00 π.μ.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 269995486959 0611 0073, ποσού ευρώ δέκα χιλιάδων ογδόντα και εξήντα πέντε λεπτών (€10.080,65), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 2.016.129,03€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της

προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία κατά δήλωσή της έλαβε χώρα την 04.04.2019. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 20.03.2019 (ΑΔΑΜ:19PROC004647159).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, καθώς η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί παρανόμως να αντικαταστήσει το υπάρχον μέχρι σήμερα εφαρμοσμένο σύστημα (πηγές) προμήθειας και διοχέτευσης ιατρικού οξυγόνου των δημόσιων νοσοκομείων στους ασθενείς (με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο αποθηκευμένο σε δεξαμενή και σε φιάλες, καθαρότητας κατ' ελάχιστον 99,5 %) με ένα άγνωστο σύστημα (από το οποίο θα προέρχεται οξυγόνο καθαρότητας 90 – 96 %, περιέχον επιπλέον επιβλαβή αέρια όπως μονοξείδιο του άνθρακα –CO – διοξείδιο του άνθρακα –CO₂- και άλλα), που κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας είναι αφενός μη νόμιμο, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει κατωτέρω, και αφετέρου εξαιρετικά αμφίβολο εάν μπορεί να ενσωματωθεί με τις υπάρχουσες εγκαταστάσεις διανομής ιατρικού οξυγόνου στους ασθενείς και να λειτουργήσει χωρίς κινδύνους. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα αναφέρει τις διατάξεις των άρθρων 6.6 (σελ. 53), του Παραρτήματος Ι (σελ. 55), Α.1.2 (σελ. 57), Α.2.1 και Α.2.2 (σελ. 59) και Α.3.1 (σελ. 60) της Διακήρυξης, από το περιεχόμενο των οποίων συνάγει ότι σε κάθε νοσοκομείο θα εγκατασταθεί ένα σύστημα το οποίο θα παράγει από μόνο του ιατρικό οξυγόνο από τον ατμοσφαιρικό αέρα, κατόπιν διεργασίας αυτού, το οποίο τελικώς θα προσλαμβάνουν οι ασθενείς μέσω του δικτύου διανομής του εκάστοτε Νοσοκομείου, χωρίς την επέμβαση κάποιου ανθρώπινου παράγοντα. Επισημαίνει ωστόσο ότι το ιατρικό οξυγόνο αποτελεί φάρμακο και υπάρχουν συγκεκριμένες άδειες, πιστοποιήσεις και εχέγγυα που πρέπει να πληρούνται για την παραγωγή, διανομή και διάθεσή του στους ασθενείς, τα οποία κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας δεν πληρούνται ούτε στο ελάχιστο στην περίπτωση παραγωγής του οξυγόνου μέσω γεννητριών. Ειδικότερα αναφέρει ότι ο υποτιθέμενος δικαιολογητικός λόγος για την εγκατάσταση των

συγκεκριμένων μονάδων στα Νοσοκομεία ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι το έτοιμο παραγόμενο από παραγωγούς ιατρικό οξυγόνο καθαρότητας 99,5 % (έναντι της καθαρότητας του οξυγόνου από τις γεννήτριες καθαρότητας 90 – 96 %) είναι δήθεν ότι το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο είναι πιο ακριβό. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, ο εν λόγω ισχυρισμός δεν είναι νόμιμος, ούτε επαρκής και βάσιμος και προς τεκμηρίωση του ισχυρισμού της η προσφεύγουσα επικαλείται συμβάσεις προμήθειας οξυγόνου και ιατρικών αερίων με τίμημα 0,2990€/m³, 0,20€/m³ και 0,219€/m³. Κατά την προσφεύγουσα, πλέον τα νοσοκομεία προμηθεύονται υγρό και αέριο οξυγόνο σε τιμές πολύ χαμηλότερες από το κόστος που απαιτείται αφενός για την εγκατάσταση και αφετέρου για τη λειτουργία των μονάδων παραγωγής οξυγόνου. Άλλωστε η προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού είναι πάρα πολύ μεγάλη, επιπλέον ένα μηχάνημα απαιτεί ανταλλακτικά, τακτικές και έκτακτες συντηρήσεις, αλλά και επιπλέον προσωπικό, για την παρακολούθηση και λειτουργία του, το οποίο μέχρι τώρα δεν είναι απαραίτητο για το Νοσοκομείο, ενώ τα εν λόγω επιπλέον κόστη θα είναι τεράστια μετά την περίοδο εγγύησης, οπότε θα παρουσιαστούν και τα περισσότερα προβλήματα στο Νοσοκομείο. Επιπλέον δε, τα Νοσοκομεία, όπως προκύπτει από την ίδια τη Διακήρυξη, απαιτείται επιπροσθέτως να εξακολουθήσουν να προμηθεύονται ούτως ή άλλως με υγρό οξυγόνο και δεξαμενή και αέριο οξυγόνο (δηλαδή δεν θα αποφύγουν το κόστος που υποτίθεται ότι προσπαθούν να αποφύγουν). Το εν λόγω δε κόστος δεν θα είναι ασήμαντο (ως επιπρόσθετο κόστος), δεδομένου ότι οι μονάδες παραγωγής οξυγόνου παύουν τη λειτουργία τους πολύ εύκολα (π.χ. διακοπή λειτουργίας λόγω μη παραγωγής οξυγόνου με την απαιτούμενη καθαρότητα, απλώς και μόνο λόγω μη λειτουργίας κάποιου φίλτρου ή λόγω επιπλέον μόλυνσης στον ατμοσφαιρικό αέρα, διακοπή λειτουργίας λόγω έκτακτης ή τακτικής συντήρησης, διακοπή λειτουργίας λόγω διακοπής ρεύματος κλπ). Επιπλέον, το υγρό και αέριο οξυγόνο σε δεξαμενές και φιάλες πρέπει να ανανεώνεται λόγω της εξάτμισης αυτού όταν δεν χρησιμοποιείται για κάποιο διάστημα. Τέλος, το κάθε Νοσοκομείο θα επιβαρύνεται με ένα τεράστιο κόστος για τη δαπάνη ηλεκτρικής ενέργειας από τη λειτουργία των μονάδων

παραγωγής οξυγόνου. Εκτός από την επιχειρηματολογία αναφορικά με το κόστος της υπό ανάθεση σύμβασης, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι είναι μη νόμιμη η πρόβλεψη περί εγκατάστασης σε δημόσιο νοσοκομείο μονάδας παραγωγής οξυγόνου, λόγω αντίθεσης με τα άρθρα άρ. 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013), δεδομένου ότι για το οξυγόνο που παράγεται από το κέντρο παραγωγής οξυγόνου δεν διατίθεται άδεια κυκλοφορίας ούτε άδεια παραγωγής (άρθρο 57 παρ. 1 & 2 της προαναφερόμενης ΥΑ), άλλως είναι μη νόμιμη η μη συμπερίληψη στη Διακήρυξη σχετικής διάταξης περί υποχρεωτικής προσκομιδής των συγκεκριμένων δικαιολογητικών από τους υποψήφιους προμηθευτές (σε αντίθεση με τα άρθρα άρ. 2, 7 παρ. 1 και 57 παρ. 1 και 2 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013)). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 7 της προαναφερόμενης ΥΑ, κανένα φάρμακο δεν δύναται να διατεθεί στην ελληνική αγορά χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Όσον αφορά τον προβληματισμό κατά πόσο το ιατρικό οξυγόνο θα πρέπει να θεωρηθεί φάρμακο, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι, δεδομένου ότι αυτό αποτελεί μία ουσία που χρησιμοποιείται για ιατρικούς θεραπευτικούς σκοπούς και αλληλεπιδρά με τον ανθρώπινο οργανισμό με φαρμακολογική, ανοσολογική, μεταβολική δράση, εμπίπτει στον ορισμό του φαρμάκου (όπως άλλωστε έχει γίνει δεκτό σε πολλές περιπτώσεις και από την ΑΕΠΠ) και συνεπώς δεν νοείται η νόμιμη διακίνησή του χωρίς την προβλεπόμενη ως άνω άδεια κυκλοφορίας και άδεια παραγωγής που χορηγείται από τον ΕΟΦ (ουσιώδης τεχνική προδιαγραφή και ελάχιστη τεχνική προϋπόθεση που πρέπει να διαθέτουν οι προμηθευτές των ιατρικών αερίων και συνεπώς και οι προμηθευτές των μονάδων παραγωγής οξυγόνου, δεδομένου ότι τα εν λόγω μηχανήματα θα παράγουν ένα φάρμακο). Στο πλαίσιο αυτό, ο αρμόδιος ελληνικός οργανισμός για τη χορήγηση άδειας κυκλοφορίας έχει χορηγήσει στην προσφεύγουσα άδεια κυκλοφορίας για το φαρμακευτικό οξυγόνο/ ... (Ιατρικό αέριο, κρυστόνο 100 %, ιατρικό αέριο, κρυστόνο 100 %, ιατρικό αέριο, πεπιεσμένο 100 %). Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα επικαλείται τη νομολογία του ΔΕΕ (υποθέσεις

C544/13 και C-545/13) σχετικά με την ανάγκη ελέγχου ολόκληρης της αλυσίδας διανομής φαρμάκων, από την παρασκευή ή την εισαγωγή τους στην Ένωση μέχρι τη χορήγησή τους στο κοινό, επισημαίνοντας ότι οι εκφράσεις «που παρασκευάζονται βιομηχανικώς» και για την «παρασκευή των οποίων χρησιμοποιείται κάποια βιομηχανική μέθοδος» δεν πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, αλλά να καλύπτουν τουλάχιστον κάθε παρασκευή ή παραγωγή για την οποία χρησιμοποιείται κάποια βιομηχανική μέθοδος, η οποία χαρακτηρίζεται εν γένει από μία διαδοχή πράξεων που είναι δυνατόν, μεταξύ άλλων, να είναι μηχανικές ή χημικές, προκειμένου να προκύψει ένα τυποποιημένο προϊόν, σε σημαντικές ποσότητες. Καταλήγοντας, η προσφεύγουσα τονίζει ότι φάρμακα τα οποία έχουν τις ίδιες δραστικές ουσίες, την ίδια δοσολογία και την ίδια μορφή με φάρμακα που έχουν αδειοδοτηθεί ήδη και διατίθενται στην εθνική αγορά δεν εμπίπτουν στις εξαιρέσεις από την απαίτηση χορήγησης άδειας κυκλοφορίας και ότι οι οικονομικοί λόγοι δεν δικαιολογούν κατά το ΔΕΕ (σκέψη 46 της απόφασης του ΔΕΕ της 29ης Μαρτίου 2012, υπόθ. C-185/10) την εισαγωγή και κυκλοφορία φαρμάκου φθηνότερου από το εφοδιασμένο με άδεια κυκλοφορίας ισοδύναμο φάρμακο. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη παραβιάζονται διατάξεις περί προστασίας της δημόσιας υγείας, καθώς προβλέπεται η παραγωγή ενός φαρμακευτικού σκευάσματος, το οποίο δεν θα πιστοποιείται και δεν θα ελέγχεται από καμία αρμόδια αρχή. Προς επίρρωση του ισχυρισμού αυτού, η προσφεύγουσα επικαλείται ερμηνευτική εγκύκλιο του Υπουργείου Υγείας της Πορτογαλίας, επίσημο έγγραφο του Ομοσπονδιακού Ινστιτούτου Φαρμακευτικών και Ιατρικών Προϊόντων της Γερμανίας καθώς και κατευθυντήριες οδηγίες αρχών της Ιταλίας, σύμφωνα με τα οποία, η χρήση οξυγόνου καθαρότητας 93% είναι επιτρεπτή μόνο υπό προϋποθέσεις. Η προσφεύγουσα επισημαίνει σχετικά ότι στα Νοσοκομεία τα οποία αφορά η Διακήρυξη, δεν έχει διαπιστωθεί πρόβλημα σχετικά με την ομαλότητα και την κανονικότητα της προμήθειάς τους με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο. Άλλωστε, οι δεξαμενές που είναι εγκατεστημένες στα Νοσοκομεία, συνήθως διαθέτουν συστήματα τηλεμετρίας στα οποία εμφανίζεται ανά πάσα στιγμή η περιεκτικότητα

σε οξυγόνο. Στη συνέχεια, τονίζει ότι σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν προκύπτει ότι έστω και ένας αναλυτής από αυτούς που θα περιέχονται στη μονάδα παραγωγής οξυγόνου θα ελέγχει την ποσότητα του αργού (αερίου που ομοίως θα παράγεται από τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου) το οποίο είναι επικίνδυνο και επιβλαβές για την υγεία των ασθενών που θα το εισπνέουν. Επίσης ισχυρίζεται ότι, για την αντικατάσταση της προμήθειας του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου με το οξυγόνο 93%, θα έπρεπε να προηγηθεί αφενός έλεγχος σκοπιμότητας, δηλαδή αν πράγματι τούτη η αντικατάσταση είναι αναγκαία επειδή δεν υπάρχει δυνατότητα προμήθειας με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο και αφετέρου έλεγχος ότι θα μπορεί να λειτουργήσουν οι μονάδες παραγωγής οξυγόνου στις συγκεκριμένες περιπτώσεις, αλλά και ότι τα μηχανήματα οξυγόνωσης και διανομής του οξυγόνου στα δωμάτια των ασθενών στα Νοσοκομεία είναι προορισμένα από τον κατασκευαστή τους να λειτουργούν πράγματι με οξυγόνο 93%. Κατά την προσφεύγουσα, μοναδικός λόγος αντικατάστασης του υπάρχοντος ασφαλούς συστήματος προμήθειας οξυγόνου των νοσοκομείων με ένα αβέβαιο ποιότητας σύστημα χωρίς να έχει προηγηθεί καμία αξιολόγησή του είναι η εξυπηρέτηση των προμηθευτών αυτών των προϊόντων και δη ενός συγκεκριμένου προμηθευτή, τον οποίο ωστόσο δεν κατονομάζει. Ειδικότερα, ο όρος στη σελίδα 18 της Διακήρυξης, όπου ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει τουλάχιστον μία μονάδα παραγωγής ιατρικού αερίου O₂ σε οποιασδήποτε φύσης υγειονομική μονάδα, δημόσια ή ιδιωτική, καθιστά την εν λόγω Διακήρυξη φωτογραφική. Ανεξάρτητα από τα ανωτέρω, σε περίπτωση πρόσκαιρης μη λειτουργίας της μονάδας παραγωγής οξυγόνου (π.χ. λόγω μηχανολογικής βλάβης, διακοπής του ρεύματος, έκτακτης ή τακτικής συντήρησης, μη παραγωγής οξυγόνου της απαιτούμενης ποιότητας), καθώς και σε περίπτωση παράλληλης τροφοδοσίας του εκάστοτε Νοσοκομείου τόσο από την κύρια πηγή (μονάδα παραγωγής οξυγόνου) όσο και από κάποια άλλη πηγή (δεξαμενή υγρού οξυγόνου ή φιάλες /συστοιχίες), θα αναμειγνύεται στο ίδιο δίκτυο διανομής, οξυγόνο διαφορετικής καθαρότητας, με αποτέλεσμα το εύρος της καθαρότητας του διανεμηθέντος στους ασθενείς οξυγόνου να κυμαίνεται από 90 έως 100% (περιέχον επιπλέον

επιβλαβή αέρια, όπως CO, CO₂ κλπ). Σε αυτήν την περίπτωση, η χορήγηση οξυγόνου από τις εφεδρικές πηγές θα θεωρηθεί παράνομη, καθώς σύμφωνα με την ΥΑ ΔΥΓ3α/ΓΠ 32221/2013 – ΦΕΚ Β΄ 1049/29.4.2013, απαγορεύεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος η διάθεσή ιατρικού οξυγόνου, όταν αυτό δεν διαθέτει τις ιδιότητες και την ποιότητα για την οποία δόθηκε η σχετική άδεια από τον ΕΟΦ. Επιπλέον, από την ανάμιξη των δύο προϊόντων προκύπτει ένα ιατρικό αέριο (φάρμακο) το οποίο δεν ταυτίζεται ούτε με το Οξυγόνο 93% ούτε με το Οξυγόνο 99,5%. Τέλος, κατά την προσφεύγουσα, δεν καθορίζεται ούτε η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανά Νοσοκομείο, ούτε ο χρόνος διάρκειας της σύμβασης που θα συναφθεί. Επικουρικά δε, αναφέρει ότι, ακόμη και αν παρά τα παραπάνω θεωρηθεί ότι το παραγόμενο από το συγκρότημα παραγωγής αέριο μπορεί να χρησιμοποιηθεί εναλλακτικά έναντι του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, προκειμένου να τηρηθούν οι αρχές της ισότητας και της εμπιστοσύνης του διοικουμένου, θα πρέπει εναλλακτικά να δοθεί η δυνατότητα, με το δημόσιο διαγωνισμό που πρόκειται να προκηρυχθεί για την προμήθεια ιατρικού οξυγόνου στα Νοσοκομεία, και στους προμηθευτές / παραγωγούς έτοιμου ιατρικού οξυγόνου (καθαρότητας κατ' ελάχιστον 99,5%) να υποβάλουν προσφορά στον συγκεκριμένο διαγωνισμό για έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, και το Νοσοκομείο εν συνεχεία να επιλέξει τον ανάδοχο με τον οποίο θα συμβληθεί ανάλογα με το ποια προσφορά θα κριθεί οικονομικότερη.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 25154/23.04.2019 Απόψεις της εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι οι μονάδες παραγωγής οξυγόνου ιατρικής χρήσης οφείλουν να φέρουν σήμα ποιότητας CE ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Τα υλικά πρέπει να είναι κατάλληλα για εγκαταστάσεις ιατρικών αερίων, σύμφωνα με τους αντίστοιχους κανονισμούς του είδους της ΕΕ και να συνοδεύονται από πιστοποιητικά καταλληλότητας CE. Η συνολική κατασκευή (συγκρότημα/μονάδα παραγωγής O₂ ιατρικής χρήσης) οφείλει να φέρει και αυτή πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει όλο το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την υπό ανάθεση σύμβαση και επισημαίνει ότι, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 23151/07-032016 έγγραφο του ΕΟΦ,

οι συμπυκνωτές (= γεννήτριες) οξυγόνου υπάγονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και συνεπώς στο νομικό πλαίσιο που διέπει αυτά (ΚΥΑ ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/02-10-2009/ ΦΕΚ 2198 Β'). Επιπρόσθετα, ότι η παραγωγή και ο χειρισμός των ιατρικών αερίων in situ στα νοσηλευτικά ιδρύματα για την αποκλειστική κάλυψη των αναγκών του ίδιου του ιδρύματος δεν καλύπτεται από την ως άνω αναφερόμενη νομοθεσία περί κανόνων καλής παραγωγής των φαρμακευτικών (2003/94/EC/ και EU Good Manufacturing Practice), αλλά αποτελεί αποκλειστική ευθύνη του κάθε νοσοκομείου. Αντίθετα, το νομοθετικό πλαίσιο, στο οποίο γίνεται εκτενής αναφορά στην Προδικαστική Προσφυγή, έχει αποκλειστική εφαρμογή στην παραγωγή και διακίνηση υγρού οξυγόνου, κάτι το οποίο δεν αφορά στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει περαιτέρω ότι παρόμοια προσπάθεια έχει καταβληθεί από εταιρείες προμήθειας ιατρικών αερίων και σε άλλες περιπτώσεις (όπως στους διαγωνισμούς Νοσοκομείων της Λάρισας, των Χανίων, του ΠΑΓΝΗ, του Παπαγεωργίου, του Βενιζελείου, της Καλαμάτας), χωρίς ωστόσο να δικαιωθούν από τα αρμόδια δικαστήρια. Σχετικά, επισυνάπτει στις Απόψεις της την υπ' αριθμ. 51/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, με την οποία απορρίφθηκε αίτηση αναστολής που είχε κατατεθεί από άλλη εταιρεία παραγωγής και διακίνησης οξυγόνου. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η υπό ανάθεση σύμβαση είναι φωτογραφική και μπορεί να ανατεθεί μόνο σε έναν προμηθευτή, η αναθέτουσα αρχή αντιτείνει ότι μονάδες παραγωγής ιατρικού αερίου οξυγόνου έχουν εγκατασταθεί από διάφορες εταιρίες σε δημόσια νοσοκομεία στην Ελλάδα (π.χ. στο Π.Γ.Ν. Πατρών, στα Γ.Ν. Διδυμοτείχου, Γ.Ν. Ικαρίας, Γ.Ν-Κέντρο Υγείας Κω και Γ.Ν. Λήμνου, στο Γ.Ν. Μεσσηνίας (Καλαμάτα), στο Γ.Ν. Σάμου, στο Γ.Ν. Θήρας, στο Γ.Ν. ΡΟΔΟΥ καθώς και σε ιδιωτικές κλινικές), ενώ κατονομάζει και τους οικονομικούς φορείς που εκτέλεσαν τις προαναφερόμενες συμβάσεις. Σχετικά με το θέμα της τιμολόγησης εκ μέρους των τριών εταιρειών εμπορίας υγρού οξυγόνου, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι από έρευνα στη «Διαύγεια» προκύπτει ένα εύρος τιμών μέσα στο οποίο κινούνται οι εν λόγω εταιρείες (από 0,162 €/m³ πλέον ΦΠΑ έως 0,60 €/m³ πλέον ΦΠΑ. Ακόμη αναφέρει ότι

νοσηλευτικά ιδρύματα της ίδιας πόλης προμηθεύονται υγρό οξυγόνο με τιμές που κυμαίνονται από 0,3 €/m³ ως 1,0 €/m³ για το ίδιο αγαθό, χωρίς να προστίθεται στο κόστος αυτό η επιβάρυνση των μεταφορικών, που σε αρκετές συμβάσεις προβλέπεται. Σχετικά με την επιχειρηματολογία που αναπτύσσεται στην Προδικαστική Προσφυγή για την κατοχή αδειών κυκλοφορίας φαρμάκου, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι η διανομή συσκευών οξυγονοθεραπείας θα ενέπιπτε και αυτή στους ίδιους περιορισμούς, πράγμα που δεν ισχύει και ουδέποτε τέθηκε σε αμφισβήτηση. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η φθίνουσα πορεία των τιμών της προμήθειας ιατρικού οξυγόνου των τελευταίων ετών οφείλεται κυρίως στον ανταγωνισμό που αναπτύσσεται με την εξάπλωση της τάσης εγκατάστασης και χρήσης μονάδων παραγωγής ιατρικού οξυγόνου σε δημόσια νοσηλευτικά ιδρύματα και όχι λόγω της μείωσης του κόστους παραγωγής, που ούτε υποστηρίζεται ούτε τεκμαίρεται με επιχειρήματα. Τέλος, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν καθορίζεται ούτε η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανά Νοσοκομείο, ούτε καν ο χρόνος διάρκειας της σύμβασης που θα συναφθεί, η αναθέτουσα αρχή απαντά ως εξής: α. στο χρόνο της σύμβασης που θα συναφθεί έχει προβλεφθεί στην παρ. 1.3 της Διακήρυξης ότι: *«Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της»*. Επιπλέον η διάρκεια της σύμβασης αναφέρεται αναλυτικά και στην παρ. 6.1 (σελ. 51) της Διακήρυξης. β. στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς (σελ. 149) αναφέρεται αναλυτικά η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανά Νοσοκομείο και έχει αναρτηθεί ηλεκτρονικά και στο ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι προμηθεύει νοσοκομεία με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο καθαρότητας 99,5 -100% και ισχυρίζεται ότι, σε περίπτωση που η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία προχωρήσει, θα χάσει τη δυνατότητα να προμηθεύει τα εν λόγω νοσοκομεία με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (καθαρότητας 99,5 – 100%), ενώ επιπλέον και άλλα νοσοκομεία της χώρας ενδέχεται να χρησιμοποιήσουν το εν λόγω «παράδειγμα», με αποτέλεσμα την οικονομική εξόντωση της ίδιας, αλλά και των υπολοίπων εταιριών που δραστηριοποιούνται στον κλάδο. Επίσης, η

προσφεύγουσα επικαλείται τον κίνδυνο της δημόσιας υγείας για τους εξής λόγους: α) διότι η παροχέτευση στους ασθενείς με οξυγόνο το οποίο δεν θα ελέγχεται και δεν θα πιστοποιείται είναι παράνομη και επικίνδυνη και β) διότι εάν δεν δραστηριοποιούνται εταιρίες παραγωγής αερίων στην Ελλάδα (μοναδική χώρα στην Ευρώπη όπου πρόκειται να επεκταθούν οι μονάδες παραγωγής αερίων σε νοσοκομεία), δεν θα υπάρχει η δυνατότητα τροφοδοσίας των ελληνικών νοσοκομείων με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (το οποίο αποτελεί φάρμακο), με αποτέλεσμα σε οποιαδήποτε περίπτωση διακοπής της λειτουργίας των μονάδων παραγωγής οξυγόνου (η οποία είναι δεδομένη βάσει της φύσης της λειτουργίας τους και γι' αυτό υπάρχουν και σχετικές αναφορές στη Διακήρυξη) τα Νοσοκομεία να παραμείνουν χωρίς οξυγόνο για τους ασθενείς, το οποίο είναι ζωτικής σημασίας για τους ασθενείς.

9. 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, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται 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.

10. Επειδή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

11. Επειδή, ειδικότερα, ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξή του. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2017). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

12. Επειδή, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

13. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

14. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδ. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

15. Επειδή, όπως προκύπτει και από τις ανωτέρω σκέψεις, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Προσωπικό ή ατομικό ή ίδιον ή ειδικό ή συγκεκριμένο είναι το συμφέρον του αιτούντος, όταν αφορά αυτόν προσωπικώς και όχι τον γενικό τίτλο των πολιτών, δηλαδή όταν η βλάβη είναι εξατομικευμένη. Το ΣΤΕ έχει δεχθεί ότι προς άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως απαιτείται η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος λόγω ιδιαίτερου από οποιαδήποτε αιτία δεσμού του αιτούντος προς την πληττόμενη διοικητική πράξη, συνεπεία του οποίου ενδιαφέρεται αυτός εντονότερα για τη νομιμότητά της (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 98). Εν προκειμένω, για τους λόγους που επικαλείται η προσφεύγουσα αναφορικά με τον κίνδυνο της δημόσιας υγείας (βλ. αναλυτικά στη σκέψη 8 της παρούσας), δεν προκύπτει προσωπικό έννομο συμφέρον. Αντίθετα, όσον αφορά τις αιτιάσεις της σχετικά με την προσβολή των οικονομικών συμφερόντων της, το έννομο συμφέρον είναι προσωπικό και μένει να εξεταστεί κατά πόσο πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις.

16. Επειδή, για να είναι άμεσο το έννομο συμφέρον, δεν αρκεί να συνδέεται με το πρόσωπο του αιτούντος, αλλά πρέπει αυτή η σύνδεση

επιπλέον να γίνεται απευθείας και όχι κατ' αντανάκλαση. Άμεσο είναι το συμφέρον όταν προκαλείται στον αιτούντα, ευθέως, άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, χωρίς να παρεμβάλλεται στη σχέση αυτή το συμφέρον τρίτου προσώπου. Κατά μία άλλη διατύπωση, στην αιτιώδη σχέση που υπάρχει μεταξύ της εκδόσεως της πράξεως και της επερχόμενης ως συνέπεια της πράξεως αυτής βλάβης στον αιτούντα (ΣΤΕ 963/1964), δεν πρέπει να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, ώστε η ζημία του αιτούντος να εμφανίζεται ως κατ' αντανάκλαση συνέπεια εκείνης, την οποία υφίσταται ο θιγόμενος αμέσως εξ αυτής τρίτος (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 232-233). Εν προκειμένω, για το μέρος των αιτιάσεων που στην αμέσως προηγούμενη σκέψη κρίθηκε ότι προβάλλονται με προσωπικό έννομο συμφέρον, πληρούται και η προπεριγραφόμενη προϋπόθεση της άμεσης σχέσης.

17. Επειδή, τέλος, το έννομο συμφέρον είναι ενεστώς όταν η ανάγκη προς παροχή προδικαστικής ή δικαστικής προστασίας δεν ανάγεται σε ενδεχόμενες εξελίξεις, αλλά θεμελιώνεται επί βέβαιων περιστατικών του παρόντος. Η βλάβη δηλαδή πρέπει να επέρχεται με την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης ή αμέσως μετά την έκδοση αυτής (το συμφέρον δηλαδή δύναται να είναι και αμέσως επικείμενο). Συμφέρον μέλλον ή ενδεχόμενο (ΣΤΕ Ολ. 95/2017, 329, 893/2011, 7μ. 4391/2011, 338/2004, 1195/1981, 2398/1980, 3564/1977 αλλά και παλαιότερα ΣΤΕ 1823/1956) και αόριστο ή απλώς προσδοκώμενο ή παρελθόν καθιστά την αίτηση ακυρώσεως απαράδεκτη. Δεν θεωρείται ενεστώς το έννομο συμφέρον, όταν από την προσβαλλόμενη πράξη προβάλλονται ενδεχόμενες συνέπειες, οι οποίες θα επέλθουν κατά την άποψη του αιτούντος και δεν προκύπτει συγκεκριμένη βλάβη (ΣΤΕ 329/2011) [Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-264]. Στην υπό κρίση Προσφυγή και συγκεκριμένα για τις αιτιάσεις για τις οποίες κρίθηκε ανωτέρω ότι προβάλλονται με προσωπικό και άμεσο έννομο συμφέρον, είναι φανερό ότι το συμφέρον δεν είναι ταυτόχρονα και ενεστώς.

Αντίθετα η προσφεύγουσα, επιχειρώντας να περιγράψει τη βλάβη που υφίσταται από την προσβαλλόμενη πράξη, εκφράζει την ανησυχία ότι στο μέλλον θα χάσει τη δυνατότητα να προμηθεύει τα εν λόγω νοσοκομεία με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (χωρίς ωστόσο να την τεκμηριώνει) και ότι στο μέλλον, ενδέχεται και άλλα νοσοκομεία να ακολουθήσουν την τακτική της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα να εξοντωθούν οικονομικά οι εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον τομέα της προμήθειας ιατρικού οξυγόνου. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, επικαλούμενη μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, δεν τεκμηριώνει τη βλάβη της από την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης. Για τον λόγο αυτό ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή χωρίς ενεστώως έννομο συμφέρον και άρα απαραδέκτως, με αποτέλεσμα να παρέλκει η κατ' ουσίαν εξέταση των προβαλλόμενων λόγων.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 10.080,65€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 10.080,65€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20.05.2019 και εκδόθηκε στις 06.06.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Ζερβού Αικατερίνη