

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31.01.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με ημερομηνία καταχώρησης 28.12.2017 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 416/29.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/69/29.12.2017, της εταιρείας με την επωνυμία « ... », που εδρεύει στον , όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 35/2017 Διακήρυξης του Γ.Ν. ... για τη διεξαγωγή δημόσιου ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού (κάτω των ορίων) για την προμήθεια «ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ» (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), προϋπολογιζόμενης δαπάνης 225.026,84 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, εγκεκριμένου από το Π.Π.Υ.Υ. 2015 και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την διόρθωση - όπως ισχυρίζεται - της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης υπ' αριθ. 35/2017, κατά τρόπο ώστε αυτή να της επιτρέψει την ισότιμη, χωρίς απόρριψη της προσφοράς της, συμμετοχή στο διαγωνισμό, περί του οποίου η προσβαλλόμενη, των πιστοποιημένων από τον Ε.Ο.Φ. παραγωγών ιατρικών αερίων, κατ'εφαρμογή και σε ευθυγράμμιση με το αρ. πρωτ. 13214/14.2.2017.

Αριθμός απόφασης: 130/2018

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 35/2017 Διακήρυξη του Γ.Ν. ... αποφασίστηκε η προκήρυξη δημόσιου ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού (κάτω των ορίων) για την προμήθεια «ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 225.026,84 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, εγκεκριμένου από το Π.Π.Υ.Υ. 2015 και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 15/12/2017 (17PROC002427445) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 50968.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί 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 181420506958 0220 0042), ποσού 908,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση, ενώ επισυνάπτεται και εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την αρμόδια Διεύθυνση της Α.Ε.Π.Π.

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 181.473,258 € 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.

Αριθμός απόφασης: 130/2018

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'), δοθέντος ότι η ανωτέρω προσβαλλόμενη πράξη, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 15.12.2017, η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 3, πεδίο (7) περ. Δ') ότι έλαβε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης στις 21.12.2017, οπότε και εκκινεί η σχετική 10 ήμερη προθεσμία προς άσκησης της Προσφυγής (ΑΕΠΠ 5/2017, σκ. 10) και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 28.12.2017.

6. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία « ... », που εδρεύει στη ... , όπως νομίμως εκπροσωπείται, με την κατάθεση της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΠΑΡ 13/05.01.2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/416/05.01.2018 Παρέμβασης, αιτούμενη τη διατήρηση της προσβαλλομένης και την απόρριψη της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής. Η εν λόγω Παρέμβαση ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους θιγόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.01.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 04.01.2017, επιπροσθέτως δε η Παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη συμμετοχή της στον επίδικο διαγωνισμό και επί τω τέλει τη διατήρηση της προσβαλλομένης και των κριτηρίων του διαγωνισμού που με αυτή ορίζονται.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελής) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), ασκεί την υπόψη Προσφυγή, στρεφόμενη κατά της υπ' αριθ. 35/2017 Διακήρυξης δημόσιου ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ», με την οποία, ως ισχυρίζεται, ζημιώνεται από την

Αριθμός απόφασης: 130/2018

προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, κατά το μέρος που δεν της επιτρέπεται η ισότιμη, χωρίς απόρριψη της προσφοράς της, συμμετοχή στο διαγωνισμό των πιστοποιημένων από τον Ε.Ο.Φ. παραγωγών ιατρικών αερίων της, περί του οποίου η προσβαλλόμενη, κατ'εφαρμογή και σε ευθυγράμμιση με το αρ. πρωτ. 13214/14.2.2017, ως έχει επικαιροποιηθεί από το με αρ. πρωτ. 40035/28.4.2017 έγγραφο του Ε.Ο.Φ., αιτούμενη την διόρθωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στον τομέα της βιομηχανικής παραγωγής ιατρικών αερίων στην Ελλάδα ήδη από το 1909 και διαθέτει εργοστάσια παραγωγής στον ... , ούσα μία εκ των μεγαλύτερων και παλαιότερων προμηθευτών δημοσίων νοσοκομείων με ιατρικά αέρια, ότι έχει έννομο συμφέρον να λάβει μέρος στον ανωτέρω διαγωνισμό, περί του οποίου η διακήρυξη αρ. 35/2017, καταθέτοντας προσηκόντως την προσφορά της, σύμφωνα με τους όρους της ανωτέρω διακήρυξης, από τους οποίους και θίγεται, ως ισχυρίζεται, με τη διατήρηση του όρου του Παραρτήματος Β – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ στο οποίο ορίζεται ότι *«Οι προμηθευτές ιατρικών αερίων πρέπει να πληρούν τους παρακάτω όρους και να καταθέσουν με ποινή απόρριψης με τη προσφορά τους τα σχετικά δικαιολογητικά : 1. Άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ για κάθε ένα από τα προσφερόμενα είδη»*.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Α18/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 35/2017 Διακήρυξης δημόσιου ηλεκτρονικού τακτικού διαγωνισμού για την προμήθεια «ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΕΡΙΑ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 225.026,84 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

9. Επειδή, με τα υπ' αριθ. πρωτ. 257/04.01.2018 και 899/11.01.2018 έγγραφα της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της κρινόμενης

Αριθμός απόφασης: 130/2018

Προσφυγής αναφορικά με τις εγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές για τη διενέργεια διαγωνισμών ιατρικών αεριών.

10. 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».

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

12. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαίνεται αιτιολογημένα.

Αριθμός απόφασης: 130/2018

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 Ε.Ο.Φ. (βλ. μεταξύ άλλων: την υπ' αριθ. πρωτ. 400035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» Προέδρου Ε.Ο.Φ. υπ' αριθ. 1, την υπ' αριθ. 62060 απόφαση Προέδρου Ε.Ο.Φ. «Τροποποίηση της υπ' αριθ. 0-833/18η/6.10.08 Απόφασης ΔΣ/Ε.Ο.Φ. (ΦΕΚ 135 Β'/29.01.2009) περί "Καθορισμού των Κατευθυντηρίων Γραμμών της Ε.Ε. σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα Φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης" όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αριθ. 23022 Απόφαση (ΦΕΚ Β' 779/29.4.09) και 69251 Απόφαση (ΦΕΚ Β' 2255/20.10.09)» (ΦΕΚ Β' 1586/30.9.2010), αλλά και τις προσκομιζόμενες υπ' αριθ. πρωτ. 50686/12.06.2017 απόψεις, ενώπιον του ΣΤΕ, του Ε.Ο.Φ., σελ. 7-9, εκδοθείσες της απόφασης 193/2017 του Δ' Τμήματος Αναστολών, ως κατωτέρω αναφέρονται.

14. 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.

Αριθμός απόφασης: 130/2018

40035/28.4.2017 «Ανακοίνωση» (όπως τιτλοφορείται), σύμφωνα με την οποία: «2. Επειδή, λόγω των ερωτημάτων που περιέρχονται 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 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, δικάσιμος της οποία ορίστηκε η 24.10.2017, στη συνέχεια η 30.1.2018 και πλέον η 05.06.2018, απορριφθείσης της αντίστοιχης από 24.5.2017 και με Αριθμό Κατάθεσης 121/2017 Αίτηση Αναστολής της, δυνάμει της απόφασης 193/2017 του Δ΄ Τμήματος Αναστολών.

15. Επειδή, το νομικό ζήτημα που τίθεται από την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή έγκειται στο κατά πόσο είναι σύμφωνη με το ενωσιακό και ελληνικό δίκαιο όρος διακήρυξης νοσοκομείου, η οποία όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς επιβάλλει στον συμμετέχοντα στον αντίστοιχο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθευτή συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (άρθρο 54 Ν. 4412/2016) (βλ. ΔΕΕ C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 74), συνιστάμενη στην απαίτηση να κατέχει όχι

Αριθμός απόφασης: 130/2018

μόνο άδεια παραγωγής αλλά επιπλέον άδεια εκμετάλλευσης υγρού οξυγόνου για την έκδοση της οποίας αρμόδιος είναι ο Ε.Ο.Φ.

16. 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) και εκδόθηκαν οι κατωτέρω αναφερόμενες αποφάσεις αυτής (βλ. αναλυτικά σκέψεις 18-24), με τις οποίες κατεβλήθη προσπάθεια για ενιαία αντιμετώπιση του ζητήματος, κατά την εξέταση των αντίστοιχων υποθέσεων από τα αρμόδια Κλιμάκια και με τις οποίες κρίθηκε ότι ο ως άνω επίμαχος όρος όπως έχει ενσωματωθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη είναι νόμιμος κατά το μεταβατικό διάστημα προσαρμογής της ελληνικής φαρμακευτικής αγοράς που έχει θέσει η ανωτέρω (στη σκέψη 13) «Ανακοίνωση» της Προέδρου του Ε.Ο.Φ., ήτοι μέχρι την 30.06.2018 (καταληκτική περίοδος συμμόρφωσης).

17. 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 παρεμβαίνουσας εταιρείας, « ... », καθώς και οι ΔΕφΠατρ (αναστ.) Ν29/23.06.2017 και ΜονΔΕφΧανίων (αναστ.) 10/24.03.2017, με τις οποίες γίνονταν αποδεκτές αντίστοιχες αιτήσεις αναστολής.

18. Επειδή, με την υπ' αριθ. 14/30.08.2017 Απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, κρίθηκε ότι «8. ... Κατά τη σαφή έννοια της ως άνω πράξης [Ανακοίνωσης Προέδρου ΕΟΦ] χορηγείται ειδικώς στις επιχειρήσεις που κατά τον παραπάνω χρόνο έκδοσής της είχαν άδεια παραγωγής ιατρικών αερίων ... καταληκτική προθεσμία ως και την 30.06.2018, ώστε να αποκτήσουν έως τότε άδεια κυκλοφορίας, μετά την πάροδο της οποίας δεν θα μπορούν να κυκλοφορούν τέτοιο προϊόν. Τούτο προφανώς σημαίνει ... ότι έως την 30.06.2018, ο ως άνω προσδιορισμένος κύκλος επιχειρήσεων-κατόχων άδειας παραγωγής έχει το δικαίωμα ελεύθερης και ισότιμης διακίνησης και κυκλοφορίας

Αριθμός απόφασης: 130/2018

των προϊόντων αυτών προς οποιονδήποτε προμηθευόμενο, ..., ανεξαρτήτως αν κατέχουν ή όχι άδεια κυκλοφορίας, καθώς έως και την ημερομηνία αυτή η κατοχή τέτοιας άδειας δεν συνιστά προϋπόθεση της σύννομης καθ' οιονδήποτε τρόπο διακίνησης, πώλησης και προμήθειας του αερίου... 9. Επειδή, από την παραπάνω ... διατύπωση της Ανακοίνωσης (“χορηγείται εύλογος χρόνος... ο οποίος ορίζεται έως την 30.06.2018”) δεν καταλείπεται περιθώριο διαπίστωσης τυχόν πληροφοριακού, ενημερωτικού, ενδοτικού ή αποκείμενου περί την τήρησή του στη διακριτική ευχέρεια οιασδήποτε έτερης διοικητικής (αναθέτουσας ή μη) αρχής, χαρακτήρα του σκέλους του αποφασιστικού περιεχομένου ... 10. ... δεδομένου ότι η παραπάνω κυκλοφορία και για το ως άνω κρίσιμο χρονικό διάστημα θα πρέπει να λογίζεται ως νόμιμη και συγχρόνως, για το ίδιο διάστημα, η κατοχή άδειας κυκλοφορίας δεν συνιστά υποχρεωτικό όρο ή προσόν για την προμήθεια, αντιστρόφως όρος διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ο οποίος θέτει τέτοια κατοχή ως υποχρεωτική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στη διαδικασία, αποκλείει τους υποψήφιους προμηθευτές και συνακόλουθα και τον ανταγωνισμό, βάσει προσόντος άνευ ερείσματος σε υποχρεωτικό κανόνα δικαίου (κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού). Αν η πράξη Προέδρου Ε.Ο.Φ. που χορήγησε το παραπάνω προσωρινό δικαίωμα ελεύθερης κυκλοφορίας, εκδόθηκε καθ' υπέρβαση αρμοδιότητας, με εσφαλμένη αιτιολογία, μη νομίμως, άνευ λόγου δημοσίου συμφέροντος, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης ή άνευ επικύρωσης από το Δ.Σ. ΕΟΦ, συνιστά κανονιστική ή ατομική πράξη ή αντιβαίνει σε κανονιστική διάταξη υπέρτερης τυπικής ισχύος, αποτελούν ζητήματα που αφορούν αυτή καθαυτή τη νομιμότητα ή την ισχύ της πράξης αυτής και όχι το περιεχόμενό της... 12. ... Επομένως, έως και τον χρόνο εξέτασης από την ΑΕΠΠ της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, η παραπάνω πράξη της Προέδρου ΕΟΦ δεν έχει ακυρωθεί δικαστικώς, δεν έχει ανακληθεί διοικητικώς από τον μόνο προς τούτο αρμόδιο ΕΟΦ ούτε έχει ανασταλεί η ισχύς της με δικαστική απόφαση [γεγονός εξακολουθούμενο και σήμερα, βλ. κατωτέρω σκέψη 23] και συνεπώς, βάσει του παραπάνω μνημονευθέντος τεκμηρίου νομιμότητας, τελεί ακόμη σε πλήρη ισχύ, παράγει κάθε έννομη συνέπεια και δεσμεύει κάθε διοικητική αρχή, συμπεριλαμβανομένης

Αριθμός απόφασης: 130/2018

της ΑΕΠΠ, η οποία δεν είναι αρμόδια για τυχόν παρεμπόδιση κρίση επί της νομιμότητάς της και οφείλει να τη λάβει υπόψη ως δεδομένη. Επιπλέον, δεν έχει ακόμη εκδοθεί ούτε τυγχάνει επίκλησης από τον παρεμβαίνοντα οριστική δικαστική απόφαση, η οποία έκρινε έστω και παρεμπιπτόντως επί της νομιμότητας της παραπάνω πράξης... 13. ... ο διαγωνισμός διενεργείται και η προμήθεια θα εκκινήσει εντός του χρονικού διαστήματος που ορίζει η παραπάνω πράξη (έως 30.06.2018). Η δε σαφής έννοια της πράξης αυτής είναι ότι οι κάτοχοι άδεια παραγωγής (και όχι κυκλοφορίας) δικαιούνται να εκτελούν πράξεις προμήθειας του προϊόντος (ανεξαρτήτως διάρκειας και καταληκτικού χρόνου της τυχόν σύμβασης βάσει της οποίας θα προμηθεύουν) έως και την 30.06.2018 και όχι ότι δικαιούνται απλώς να συνάπτουν συμβάσεις με αποκλειστική διάρκεια έως και την 30.06.2018... 16. ...Επίσης, δεν υφίσταται κανένα στοιχείο στη διάθεση του Κλιμακίου ή το οποίο προσκομίζει ο παρεμβαίνων, το οποίο μπορεί να οδηγήσει έστω και σε υπόθεση περί κινδύνου της δημόσιας υγείας ή του εν γένει δημοσίου συμφέροντος από την επάρκεια της άδειας παραγωγής και τη μη απαίτηση άδειας κυκλοφορίας έως την 30.6.2018...19. .. Επομένως, η εισαγωγή αυτού του όρου στην προκείμενη Διακήρυξη έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της ισότιμης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων, αφού επί της ουσίας αφαιρεί, από καταρχήν δικαιούμενους σε ελεύθερη διάθεση του προϊόντος, άρα φορείς που δικαιούνταν έως και την 30.06.2018 ισότιμη μεταχείριση με τους κατόχους άδειας κυκλοφορίας, τη δυνατότητα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης...».

19. Επειδή, για την ενιαία νομική αντιμετώπιση του τιθέμενου νομικού ζητήματος και προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., στην ίδια νομική κατεύθυνση με την ανωτέρω Απόφαση, ακολούθως εξεδόθη η υπ' αριθμ. 50/27.09.2017 Απόφασή του 4^{ου} Κλιμακίου, στις σκέψεις 12, 13 και 14 της οποίας αναφέρονται κατά παραπομπή οι ανωτέρω σκέψεις 8, 9, 10, 12, 13, 16 και 19 της προαναφερόμενης 14/2017 απόφασης του 6^{ου} Κλιμακίου. Με την απόφαση αυτή, 50/2017, έγιναν δεκτά τα κάτωθι: «9. Επειδή από την

Αριθμός απόφασης: 130/2018

επισκόπηση του φακέλου της Προσφυγής καθώς και την έρευνα στο ΕΣΗΔΗΣ/ΚΗΜΔΗΣ που διεξήγαγε το παρόν Κλιμάκιο για αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς που προκήρυξαν τα μεγαλύτερα Νοσοκομεία της Ελλάδας τα τελευταία χρόνια για το κρίσιμο υπό προμήθεια υγρό ιατρικό οξυγόνο, προέκυψε, πως πράγματι υφίσταται σαφής διαφοροποίηση στις αντίστοιχες νοσοκομειακές διακηρύξεις, όπου ορισμένα Νοσοκομεία απαιτούν για την προμήθεια υγρού οξυγόνου ως απαραίτητη, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τεχνική προδιαγραφή (άρθρα 54, 75 Ν. 4412/2016) νόμιμη άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ: βλ. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 01/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ελευσίνας «ΘΡΙΑΣΙΟ» για τον «Ηλεκτρονικό ανοιχτό τακτικό διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας Οξυγόνου (CPV 24111900-4)» ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε΄ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 39, και την υπ' αριθμ. 6291/26-10-2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Ηλείας – Ν.Μ. Αμαλιάδας για την «Προμήθεια του είδους “Υγρό Οξυγόνο” για την κάλυψη των αναγκών της Ν.Μ. Αμαλιάδας» ΜΕΡΟΣ Ε΄: ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 17. Αντιθέτως, άλλα Νοσοκομεία παραλείπουν την απαίτηση αυτή μεταξύ των ελάχιστων όρων που πρέπει να περιλαμβάνει η Διακήρυξη: βλ. όλως ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 38/2016 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Καρδίτσας για τον «Πρόχειρο ανοιχτό διαγωνισμό για την προμήθεια “ιατρικά αέρια” (24111500-0) (ΥΓΡΟ ΟΞΥΓΟΝΟ) με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή» στην παρ. 6 (ΤΡΟΠΟΣ ΣΥΝΤΑΞΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ) σελ. 5 της οποίας προκύπτει πως το Νοσοκομείο αρκούσαν σε άδεια παραγωγής και εμφιάλωσης (και όχι περαιτέρω άδεια κυκλοφορίας), όπως ακριβώς συνέβη και με την προσβαλλόμενη εν προκειμένω Διακήρυξη του Γ.Ν.Θ. η οποία απαιτούσε ρητά άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ μόνο για το αέριο οξυγόνο, ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ σελ. 59. ... 15. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις, πρέπει να γίνει δεκτή η γνώμη του 6ου Κλιμακίου, στην οποία συντάσσεται και το παρόν 4ο Κλιμάκιο, για την ενιαία αντιμετώπιση του νομικού ζητήματος από την Αρχή. Ιδιαίτερα για την αποσόβηση του κινδύνου σύγχυσης που επικρατεί, τουλάχιστον μέχρι τις 30.06.2018 (καταληκτική ημερομηνία συμμόρφωσης), στην ελληνική

Αριθμός απόφασης: 130/2018

φαρμακευτική αγορά όσον αφορά την προμήθεια υγρού οξυγόνου από τα νοσοκομεία της Χώρας μας, δεδομένου πως επί του παρόντος βρίσκονται σε εξέλιξη δημόσιοι διαγωνισμοί υπό το καθεστώς του Ν. 4412/2016 στους οποίους συμμετέχουν οικονομικοί φορείς επικαλούμενοι ευθέως δικαιώματα απορρέοντα εκ της παραπάνω “Ανακοίνωσης” του Προέδρου ΕΟΦ, ανεξάρτητα της νομικής σαφήνειας και της υποχρεωτικότητας-εκτελεστότητας της “Ανακοίνωσης” η οποία θα κριθεί από το ΣΤΕ τελικώς. Κυρίως όμως για να μην κινδυνεύσει η δημόσια υγεία κατά το άρθρο 21 παρ. 3 και 168 ΣΛΕΕ από τη δημιουργία μιας μονοπωλιακής αγοράς όπου για τους επόμενους μήνες, ήτοι μέχρι τις 30.6.2018, μέχρι τον σταδιακό εφοδιασμό αρκετών φαρμακευτικών εταιριών με την επίμαχη άδεια εκμετάλλευσης, τα δημόσια νοσοκομεία της Χώρας μας θα αναγκάζονται να προμηθεύονται μόνο από εκείνες τις γνωστές πλην ελάχιστες εταιρίες οι οποίες διαθέτουν νόμιμη άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, οι δε νοσοκομειακές ανάγκες σε πανελλήνιο επίπεδο είναι αδύνατο να μπορέσουν να καλυφθούν ταυτοχρόνως από τις εταιρίες αυτές (βλ. τη σελ. 9 από τις παραπάνω υπ’ αριθμ. πρωτ. 50686/12.6.2017 απόψεις του ΕΟΦ επί της ΣΤΕ Δ’ Τμ. (Αναστ.) 193/2017, όπου αναφέρεται πως τον Ιούνιο 2017 μόλις 3 εταιρίες, μαζί με τη νυν προσφεύγουσα, είχαν ήδη εφοδιαστεί με την επίμαχη άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό, ενώ αναμενόταν άμεσα η έκδοση μίας ακόμη αντίστοιχης άδειας)».

20. Επειδή, προς επίρρωση της ενιαίας αντιμετώπισης του κρίσιμου αυτού νομικού ζητήματος και την αποφυγής έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων εκδόθηκε και η υπ’ αριθ. 138/16.11.2017 απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. στην οποία περιέχονται όλες οι ανωτέρω κρίσιμες σκέψεις των προγενέστερων αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ειδικώς σκέψεις 7-9), η οποία κρίνοντας επί άλλης Προδικαστικής Προσφυγής της προσφεύγουσας, « ... » «ακύρωσε τον όρο 1 της σελ. 3 της [προηγούμενης] Διακήρυξης 39/2017 του ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: 46792) (ΑΔΑΜ: 17PROC002042693 2017-10-05), κατά το κεφάλαιο που απαιτούσε οι προμηθευτές υγρού οξυγόνου να πρέπει να διαθέτουν επί ποινή αποκλεισμού για την υποβολή προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 130/2018

άδεια κυκλοφορίας ΕΟΦ (ΚΥΑ ΟΥΓ3α/32221/2013, ΦΕΚ Β 1049), δίνοντας εύλογη προθεσμία παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για τον συγκεκριμένο δημόσιο Διαγωνισμό προς ενημέρωση των υποψηφίων οικονομικών φορέων», με συνέπεια ακολούθως η αναθέτουσα αρχή, όπως επισημαίνει στις υπ' αριθμ. πρωτ. 1527/23.01.2018 απόψεις της τις οποίες ανήρτησε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., σε συμμόρφωση με την ανωτέρω Απόφαση (βλ. άρθρο 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 και 18 παρ. 5 Π.Δ. 39/2017) προχώρησε σε νέα δημόσια διαγωνιστική διαδικασία μέσω επαναπροκήρυξης του κρίσιμου Διαγωνισμού (πρβλ. ΔΕφΑθ (αναστολ.) 116/2017).

21. Επειδή, επέκεινα ομοίως έκρινε και η υπ' αριθμ. 144/20.11.2017 απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ειδικώς σκέψεις 7-10), η οποία απέρριψε Προδικαστική Προσφυγή της παρεμβαίνουσας, « ... », η οποία έβαλε κατά της υπ' αριθμ. 13694/2017 Διακήρυξης «Ανοιχτής διαδικασίας (άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016) για την προμήθεια υγρού οξυγόνου για τις ανάγκες του ΓΝ ΑΙΤΩΛΟΑΚΑΡΝΑΝΙΑΣ (ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΕΣ ΜΟΝΑΔΕΣ ΑΓΡΙΝΙΟΥ – ΜΕΣΟΛΟΓΓΙΟΥ (Κωδικός CPV 24111900-4)» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 45102) (ΑΔΑΜ: 17REQ002070760 2017-10-11), επιδιώκουσα η εταιρία αυτή να συμπεριληφθεί για την προμήθεια του υγρού οξυγόνου η υποχρέωση κατοχής και προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ.

22. Επειδή, ετέρωθεν με την υπ' αριθμ. 137/15.11.2017 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου έγινε δεκτή Προδικαστική Προσφυγή της ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας, « ... », κατά της υπ' αριθμ. 14.1./2017 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου Δράμας (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 46400.1) (ΑΔΑΜ: 17PROC001980772 2017-22-09) και απέρριψε την παρέμβαση της ήδη προσφεύγουσας, « ... », επικαλούμενη την υπ' αριθμ. πρωτ. 95939/24.10.2017 Επιστολή του Ε.Ο.Φ. την οποία απέστειλε ο Οργανισμός σε απάντηση της Πράξης 34/2017 του Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, συνταχθείσα και αποσταλθείσα σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 12 παρ. 4 του Π.Δ. 39/2017, η οποία (Επιστολή) κατά τη γνώμη

Αριθμός απόφασης: 130/2018

που κράτησε δικαιολογούσε τα περί του αντιθέτου έως τότε κρινόμενα (βλ. ειδικώς σκέψεις 6, 7, 8, και 9). Κατά της υπόψη, 137/2017 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., ασκήθηκε από την προσφεύγουσα « ... » ενώπιον του κατά τόπο αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, η από 27.11.2017 Αίτηση Αναστολής (αριθ. καταχ. ΑΝ 44/27.11.2017) και η από 27.11.2017 Αίτηση Ακυρώσεως (αριθ. καταχ. ΑΚ 160/27.11.2017), οι οποίες, αποφασίστηκαν δυνάμει της Πράξης 24/21.12.2017 της Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010 (ΦΕΚ Α΄ 213), κάνοντας δεκτή την από 28.11.2017 αίτηση (ΠΑ 16/28.11.2017) της εταιρίας αυτής, προσφεύγουσας « ... », να εισαχθούν στο ΣτΕ λόγω «του γενικότερου ενδιαφέροντος νομικού ζητήματος που τίθεται, ήτοι της έκτασης της εξουσίας της Α.Ε.Π.Π και με ημερομηνία συζήτησης της Αίτησης Ακύρωσης την 06^η.06.2018.

23. Επειδή, ήδη κατά τον χρόνο εξέτασης 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.), για το επίδικο νομικό ζήτημα, ήτοι της νομιμότητας ή μη του όρου που τίθεται και με την παρούσα Διακήρυξη, Παράρτημα Β – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ, οι προμηθευτές ιατρικών αερίων να πρέπει να κατέχουν και άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ. 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 προαναφερόμενη Ανακοίνωση του Ε.Ο.Φ., ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, έχουν όλως προσφάτως εκδοθεί, σε επίπεδο παροχής προσωρινής προστασίας η ΔΕφΘεσ 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 του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα εταιρείας, « ... » και 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.

Αριθμός απόφασης: 130/2018

144/2017 απόφασης του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π της παρεμβαίνουσας εταιρείας « ... ».

24. 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 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

Αριθμός απόφασης: 130/2018

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...».

25. Επειδή, οι ίδεις ακριβώς ανωτέρω σκέψεις επαναλαμβάνονται και στην ΔΕφΠατρ Ν1/2018 απόφαση, όπου γίνεται 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

Αριθμός απόφασης: 130/2018

κατοχή και προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ) ελέγχεται παρεμπιπτόντως στα πλαίσια της αιτήσεως αναστολής, προκειμένου να κριθεί αν συντρέχει λόγος να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005), η έκδοσή της δεν φαίνεται να στηρίζεται στο άρθρο 6 παρ. 8 του ν. 1316/1983, το οποίο αφορά σε λήψη μέτρων για την προστασία της δημόσιας υγείας από προϊόντα των οποίων η παραγωγή, η εισαγωγή, η διακίνηση και γενικώς η κυκλοφορία δεν ανταποκρίνονται στις νόμιμες προδιαγραφές και πάντως απαιτεί τα μέτρα αυτά να επικυρώνονται με απόφαση του Δ.Σ. του ΕΟΦ, προεχόντως διότι δεν προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια εγκριτική της ανακοινώσεως πράξη του Δ.Σ. του Οργανισμού. Επίσης, η έκδοση της εν λόγω πράξεως δεν φαίνεται να στηρίζεται ούτε στο άρθρο 3 παρ. 8 του ίδιου νόμου, το οποίο αφορά στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στον νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο. Ενόψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος –και κατά συνέπεια πρέπει να γίνει δεκτός– ο ισχυρισμός που προέβαλε η αιτούσα με την προδικαστική προσφυγή της και επαναφέρει τώρα με την κρινόμενη αίτηση, ότι η ένδικη διακήρυξη παρανόμως παρέλειψε να ορίσει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον ένδικο διαγωνισμό απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υγρού οξυγόνου, χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ. Περαιτέρω, λαμβανομένου υπόψη ότι: 1) από τα έγγραφα της δικογραφίας δεν προκύπτει, αφού δεν παρατίθενται συγκεκριμένα αριθμητικά στοιχεία, ότι υφίσταται πρόβλημα επάρκειας της αγοράς σε ιατρικά αέρια (ισχυρισμό, άλλωστε, που η αιτούσα κατηγορηματικώς αποκρούει), ώστε να ερευνηθεί αν συντρέχει εν προκειμένω επιτακτικός λόγος γενικού δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει την απόρριψη της κρινόμενης αιτήσεως, και 2) το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει τη νόμιμη κυκλοφορία προϊόντος που χαρακτηρίζεται ως φάρμακο, αλλά και την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας

Αριθμός απόφασης: 130/2018

σύμβασης, κρίνεται ότι πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση για τον λόγο που, κατά τα εκτεθέντα, στην προηγούμενη σκέψη, πιθανολογήθηκε ως βάσιμος...».

26. Επειδή, από τις προαναφερόμενες δύο, λιάν προσφάτως, εφετειακές αποφάσεις, εναργώς προκύπτει, μετά ενός έτους από τη δημοσίευση της προσβαλλόμενης ως άνω Ανακοίνωσης του Ε.Ο.Φ. (βλ. σκέψη 13), η οποία γέννησε τις αντίστοιχες δικαστικές αντιδικίες ως ανωτέρω αναλυτικά αναφέρονται, μία σαφής νομική κατεύθυνση και τάση της νομολογίας, την οποία και ακολουθούν τα ακυρωτικά διοικητικά εφετεία.

27. Επειδή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι 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 Ε.Ο.Φ. 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, γεγονός που, όπως προελέχθη, έχει ήδη αποδειχθεί ρητώς και ο τελευταίος, σε κάθε δε περίπτωση δεν φαίνεται να αφορά η Ανακοίνωση αυτή στη λήψη μέτρων για τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς με φαρμακευτικά και παραφαρμακευτικά προϊόντα και για την αποφυγή ελλείψεων, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή απαιτεί τη λήψη μέτρων που στηρίζονται στον νόμο, η δε κυκλοφορία φαρμάκων χωρίς άδεια κυκλοφορίας δεν στηρίζεται στον νόμο.

28. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υπόψη διακήρυξη νομίμως ορίζει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον εν θέματι διαγωνισμό απαιτείται αυτοί να διαθέτουν και άδεια κυκλοφορίας του υπό προμήθεια υλικού, χορηγηθείσα από τον Ε.Ο.Φ.

29. Επειδή, επέκεινα, ομοίως με τις προαναφερόμενες δύο εφετειακές αποφάσεις, αλλά και με τα όσα γίνονται δεκτά από το παρόν Κλιμάκιο στις σκέψεις 27 και 28 της παρούσας, έκρινε και η υπ' αριθ. 120/2018

Αριθμός απόφασης: 130/2018

απόφαση του 4^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., με την οποία έγινε δεκτή έτερη Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας « ... » και ακυρώθηκε η παράλειψη της με αριθμ. 64/2017 Διακήρυξης του ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” περί «Ανοιχτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων για την προμήθεια οξυγόνου (Κωδικός CPV: 24111900-4) έως του ποσού των €120.000 συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής» (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 51626) καταχωρηθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: 18PROC002517254 2018-01-02, να συμπεριλάβει στις Τεχνικές Προδιαγραφές για το Υγρό Οξυγόνο, ήτοι στον όρο 1 της σελ. 3 της Διακήρυξης, την υποχρέωση των προμηθευτών να διαθέτουν πέρα από την άδεια παραγωγής υγρού οξυγόνου για ιατρική χρήση από τον Ε.Ο.Φ. επιπλέον αντίστοιχη άδεια κυκλοφορίας από τον Οργανισμό.

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

31. Επειδή, τούτων δοθέντων και σε κάθε περίπτωση, ο τελικός έλεγχος της κάθε υπόθεσης που εισφέρεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. με την κατάθεση Προδικαστικής Προσφυγής, πραγματοποιείται ενώπιον των διοικητικών εφετείων και, για τις μεγάλης σπουδαιότητας υποθέσεις στο, Συμβούλιο της Επικρατείας (άρθρο 372 παρ. 3 του Ν.4412/2016, πρβλ ΣΤΕ 2543/1999, 96/2003 και 3305/2006), τα οποία υπάγουν τις προσβαλλόμενες αποφάσεις των σχηματισμών της Α.Ε.Π.Π. σε έλεγχο νομιμότητας (άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, άρθρο 1 επ. του Π.Δ. 18/1989 και άρθρο 372 παρ. 4

Αριθμός απόφασης: 130/2018

του Ν. 4412/2016 (όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 27 Ν. 4491/2017 και άρθρο 87 παρ.2 Ν. 4478/2017).

32. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. υποχρεούται, αναφορικά το επίμαχο νομικό ζήτημα, όπως ακολουθήσει τη διαμορφωθείσα, πλέον, νομική κατεύθυνση σε επίπεδο συγκριτικής νομολογίας, ως ανωτέρω αναφέρεται, στο κείμενο δε των αντίστοιχων ανασταλτικών αποφάσεων γίνεται κοινά λόγος για «πιθανολόγηση βασιμότητας» των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης της ήδη παρεμβαίνουσας εταιρίας, « ... », έτσι ώστε να αναμένεται *fumus boni iuris* πως και η οριστική κρίση επί των Αιτήσεων Ακύρωσης των ανωτέρω δύο διαφορετικών διοικητικών εφετείων θα ακολουθήσει την κατεύθυνση αυτή οριστικά.

33. Επειδή, πάντως, ο Ε.Ο.Φ., από την επισκόπηση των εγγράφων του φακέλου και εξ όσων είναι γνωστά, δεν έχει καταργήσει - ανακαλέσει μέχρι σήμερα τη νομικά αμφισβητούμενη «Ανακοίνωση» (βλ. σκέψη 13 της παρούσας), την οποία συνεχίζουν να επικαλούνται διάφορα Νοσοκομεία σε πανελλήνιο επίπεδο.

34. Επειδή, τελικώς, η αμετάκλητη επίλυση του επίμαχου νομικού ζητήματος, συνδέεται με τη δημοσίευση της ακυρωτικής απόφασης του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου επί της προαναφερόμενης από 11.04.2017 και με αριθμό κατάθεσης 1115/2017 Αίτησης Ακύρωσης κατά της ως υπόψη «Ανακοίνωσης» του Ε.Ο.Φ, απόφαση την οποία οφείλουν να εφαρμόσουν τα διοικητικά δικαστήρια για την επίλυση παρόμοιων ζητημάτων.

35. Επειδή, ενόψει των όσων προαναφέρθηκαν, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς και νομίμως με τους τιθέμενους από την υπ' αριθ. 35/2017 διακήρυξη όρους ζητείται η κατοχή άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. από τους προσφέροντες για την υπόψη προμήθεια ιατρικών αερίων.

36. Επειδή, κατ'ακολουθίαν θα πρέπει να απορριφθεί η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

37. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 181420506958

Αριθμός απόφασης: 130/2018

0220 0042), ποσού 908,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προσφυγή.

Κάνει δεκτή την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 181420506958 0220 0042), ποσού 908,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου