

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 13 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/200 και Ειδικό Αριθμό κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/34 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του «Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ”» [εφεξής ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ”].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να αναθεωρηθεί η προσβαλλόμενη υπ’ αριθμ. 39/2017 Διακήρυξη «Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων για την προμήθεια ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ» (Κωδικός CPV 24111900-4) που εξέδωσε το καθού [εφεξής: η Διακήρυξη] έτσι ώστε να απαλειφθεί η υποχρέωση προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές υγρού οξυγόνου άδειας κυκλοφορίας από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων [εφεξής ΕΟΦ].

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει της από 24.10.2017 Βεβαίωσης της ΑΕΠΠ, πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ’ αριθμ. 170420132957 1218 0013 ηλεκτρονικό/e-παραβόλο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού

Αριθμός απόφασης 138/2017

Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) [εφεξής Κανονισμός].

2. Επειδή, κατά της προσβαλλόμενης Διακήρυξης 39/2017 του ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 46792), με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και για διάρκεια 12μηνών, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε, δια της πληρεξούσιας Δικηγόρου η οποία τυγχάνει Μέλος του ΔΣ της (βλ. την υπ’ αριθμ. πρωτ. 938345/06.10.2017 Ανακοίνωση Καταχώρισης στο Εμπορικό & Βιομηχανικό Επιμελητήριο Πειραιώς – Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. παρ. 17, η οποία συνοδεύει το υπ’ αριθμ. πρωτ. 467540.664268/10.10.2017 Πιστοποιητικό Εκπροσώπησης της εταιρίας), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της επικαλούμενη αντίθεση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, κατά το μέρος που στις Τεχνικές Προδιαγραφές – Υγρό Οξυγόνο, σημείο 1 σελ. 3 της Διακήρυξης απαιτεί: «... Οι προμηθευτές υγρού οξυγόνου θα πρέπει να διαθέτουν και να καταθέσουν επί ποινή αποκλεισμού : ... Άδεια κυκλοφορίας ΕΟΦ (ΚΥΑ 0ΥΓ3α/32221/2013, ΦΕΚ Β 1049) ...»: Α) Με το υπ’ αριθμ. πρωτ. 40035/28.04.2017 έγγραφο του ΕΟΦ το οποίο όπως υποστηρίζει «επιτρέπει την κυκλοφορία των ιατρικών αερίων χωρίς άδεια κυκλοφορίας μέχρι 30/6/2018 από τους πιστοποιημένους παραγωγούς, ώστε να ρυθμιστεί η αγορά και ότι έχει κάθε εξουσία [ο ΕΟΦ] να το πράξει αυτό» (σελ. 8 της Προσφυγής). Β) Με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 2 Ν. 4412/2016 καθώς: «ο όρος αυτός λειτουργεί κατά τρόπο περιοριστικό του ανταγωνισμού αφού εισάγει έναν περιορισμό των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό, περί του οποίου η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, αφού αποστερεί ουσιαστικά το δικαίωμα της συμμετοχής στους ενδιαφερόμενους εκείνους οι οποίοι είναι πιστοποιημένοι παραγωγοί από τον ΕΟΦ και με βάση την [ανωτέρω] πράξη του μπορούν συννόμως να προμηθεύουν την αγορά με ιατρικά αέρια, πλην δεν έχουν λάβει

ακόμα άδεια κυκλοφορίας κατά το χρόνο του Διαγωνισμού, όπως η εταιρεία μας».

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά της Διακήρυξης 39/2017 προϋπολογισμού €96.774,19 (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, συντρεχούσης της κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε μετά τις 26.6.2017 όπως αποδεικνύεται από τη σκέψη 4.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία στρέφεται κατά της κρίσιμης Διακήρυξης η οποία ως αποδεικνύεται από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου Διαγωνισμού, έχει αναρτηθεί ηλεκτρονικά, σύμφωνα με το άρθρο 38 του Ν. 4412/2016, στο ΚΗΜΔΗΣ την 5.10.2017 με ΑΔΑΜ 17PROC002042693 2017-10-05, για την οποία έλαβε γνώση, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα, στις 20.10.2017, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) εδ. β' του Κανονισμού.

5. Επειδή, η αιτούσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, καθώς όπως υποστηρίζει (σελ. 4): «...δραστηριοποιείται στον τομέα της βιομηχανικής παραγωγής ιατρικών αερίων στην Ελλάδα ήδη από το 1909 και διαθέτει εργοστάσια παραγωγής στον Είμαστε ένας εκ των μεγαλύτερων και παλαιότερων προμηθευτών δημοσίων νοσοκομείων με ιατρικά αέρια, μεταξύ των οποίων και υγρό οξυγόνο. Συνεπώς έχουμε έννομο συμφέρον και επιθυμούμε να λάβουμε μέρος στον ανωτέρω διαγωνισμό, πλην η διακήρυξη αρ. 39/2017, αποκλείει τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό...» και (σελ. 7): «... δραστηριοποιείται στη σχετική αγορά από το

1909 και προμηθεύει τα τελευταία 30 (τουλάχιστον) χρόνια πλείστα όσα νοσοκομεία στην Ελλάδα, μερικά δε μεταξύ των μεγαλύτερων (Ευαγγελισμός, Σωτηρία, ΚΑΤ κλπ.) με ιατρικά αέρια και δη υγρό ιατρικό οξυγόνο».

6. Επειδή, το νομικό ζήτημα που τίθεται από την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή έγκειται στο κατά πόσο είναι σύμφωνη με το ενωσιακό και ελληνικό Φαρμακευτικό Δίκαιο όρος Διακήρυξης Νοσοκομείου, η οποία όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς του επιβάλλει στον συμμετέχοντα στον αντίστοιχο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθευτή συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (άρθρο 54 Ν. 4412/216) (βλ. ΔΕΕ C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 74), συνιστάμενη στην απαίτηση να κατέχει όχι μόνο άδεια παραγωγής αλλά περισσότερο άδεια εκμετάλλευσης υγρού οξυγόνου για την έκδοση της οποίας αρμόδιος είναι ο ΕΟΦ.

7. Επειδή, από την επισκόπηση των αντίστοιχων αποφάσεων της ΑΕΠΠ που έχουν ήδη εκδοθεί για το νομικό ζήτημα αυτό, προκύπτει πως η Αρχή έχει αποφανθεί κατά πάγιο τρόπο υπέρ της απόρριψης του όρου αυτού κατά το μεταβατικό διάστημα που έχει θέσει η ανωτέρω (στη σκέψη 2) Ανακοίνωση του ΕΟΦ ήτοι μέχρι την 30.06.2018.

8. Επειδή, συγκεκριμένα για το νομικό ζήτημα αυτό, αρχικά εξεδόθη από το 6ο Κλιμάκιο η υπ' αριθμ. 14/2017 Απόφασή του, το ιστορικό της οποίας αναφέρεται στην από 09.08.2017 Προδικαστική Προσφυγή με στοιχεία ΓΑΚ 20/9-8-2017 και ΕΑΚ VI/3/2017 της ίδιας προσφεύγουσας εταιρίας «.....», στρεφομένης κατά του Γενικού Νοσοκομείου Δράμας και της Διακήρυξής αυτού 14/2017 για τον «Δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό ανάθεσης σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας €104.838,70 άνευ ΦΠΑ, για την προμήθεια ιατρικού υγρού οξυγόνου (CPV 24111900-4) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής» (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 44312), για τη διατήρηση δε της προσβαλλόμενης αντίστοιχης Διακήρυξης και για την απόρριψη της Προσφυγής είχε κατατεθεί,

στην ενώπιον του 6ου Κλιμακίου διεξαχθείσα εξεταστική διαδικασία, η από 17.08.2011 Παρέμβαση με στοιχεία ΓΑΚ ΠΑΡ/1 και ΕΑΚ 20 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», η οποία συνιστά τον κύριο ανταγωνιστή στην ελληνική αγορά της ίδιας εταιρίας «.....».

9. Επειδή, στην ίδια νομική κατεύθυνση με την ανωτέρω απόφαση, ακολούθως εξεδόθη, κρίνοντας επί της 11.09.2017 Προδικαστικής Προσφυγής με στοιχεία ΓΑΚ ΑΕΠΠ/75 και ΕΑΚ IV/13 της ανωτέρω ανταγωνίστριας εταιρείας «.....», από το 4^ο Κλιμάκιο η υπ' αριθμ. 50/2017 απόφασή του σύμφωνα με την οποία: «9. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου της Προσφυγής καθώς και την έρευνα στο ΕΣΗΔΗΣ/ΚΗΜΔΣΗ 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

Αριθμός απόφασης 138/2017

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 6ο 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 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»).

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν όλω δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν όλω την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο της Διακήρυξης 39/2017 του ΑΝΘ “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” που περιέχεται στη σελ. 3 στο σημείο 1. αυτής, κατά το κεφάλαιο που απαιτεί οι προμηθευτές υγρού οξυγόνου να πρέπει να διαθέτουν επί ποινή αποκλεισμού για την υποβολή προσφοράς 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.

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

Αριθμός απόφασης 138/2017

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 16 Νοεμβρίου 2017.

Ο Πρόεδρος του 4ου Κλιμακίου

Η Γραμματέας του 4ου Κλιμακίου

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα