

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 14^η Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6.7.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 870/7.7.2020 της εταιρείας με την επωνυμία ..., με τον διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στη ..., θέση ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ..., που εδρεύει στα ..., οδός ... αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και κατά

της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ..., ..., οδός ... αριθ. ..., ως νομίμως εκπροσωπείται

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά: *να ακυρωθεί άλλως να τροποποιηθεί η Διακήρυξη για τη Προμήθεια, εγκατάσταση και Παροχή υπηρεσιών πλήρους συντήρησης και επισκευής μονάδας παραγωγής αερίου ιατρικού οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ..., με δικαιώματα προαίρεσης για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους Συντήρησης και Επισκευής για έξι έτη μετά το πέρας εγγύησης καλή λειτουργίας και μετά τον 1^ο χρόνο συντήρησης, άλλως να υποβληθούν ερωτήματα στους αρμόδιους φορείς Υπουργείο Υγείας, ΕΟΦ, σχετικά με την αδειοδότηση, τις προϋποθέσεις και τους όρους προμήθειας των μονάδων παραγωγής οξυγόνου και συναφώς της διανομής του ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου από αυτές.*

Η παρεμβαίνουσα αιτείται τη διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ύψους 1.310,48 ευρώ, υπολογιζόμενο επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ποσού 262.097 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ..., με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 3-7-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στη ...).

2. Επειδή με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη διακηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή *Ηλεκτρονικός Διεθνής Ανοικτός Διαγωνισμός Μεικτής σύμβασης συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 325.000,00€ με ΦΠΑ και δικαιωμάτων προαίρεσης για την 1) «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» CPV: ... συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 220.000,00€ με ΦΠΑ και 2) «Παροχή υπηρεσιών πλήρους συντήρησης και επισκευής» CPV: ... του ανωτέρω συγκροτήματος συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 15.000,00€ με ΦΠΑ για ένα έτος μετά το πέρας της εγγύησης καλής λειτουργίας 3) ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ: για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους Συντήρησης και Επισκευής (CPV: ...) του ανωτέρω συγκροτήματος για έξι (6) έτη (μετά το πέρας εγγύησης καλής λειτουργίας και μετά τον 1ο χρόνο συντήρησης) συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.000,00€ με ΦΠΑ κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, υπολογιζόμενη με σταθμισμένα κριτήρια αξιολόγησης και συντελεστές βαρύτητας, ΜΕ ΣΥΝΤΕΤΜΗΜΕΝΕΣ ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΕΣ στο πλαίσιο προώθησης των έργων του ΕΣΠΑ 2014-2020 με τους κανόνες / νομοθεσία περί της έκτακτης συνθήκης λόγω κορωνοϊού, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 30-6-2020, και με ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών αυθημερόν (σελ. 1, και όροι 1.2, 1.3, 1.5, 2.3.1, 2.3.2, 3.1.1 της διακήρυξης)*

3. Επειδή η προκήρυξη απεστάλη την 3-6-2020 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύτηκε την 5-6-2020 στο Συμπλήρωμα της ΕΕΕΕ με αριθ. 2020/S 108-261416, και το πλήρες

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 9-6-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ όπου ο ηλεκτρονικός διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την Δευτέρα 6-7-2020, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα προς την ΑΕΠΠ, και με την χρήση του τυποποιημένου προτύπου, και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή μέσω της *επικοινωνίας* την 14-7-2020 σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 361, τη παρ. 1 και 2 του άρθρου 362, το άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2, 4 και 5 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Γίνεται μνεία ότι η υπό εξέταση προσφυγή δεν έχει αναρτηθεί στην οικεία ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, καθόσον δεν παρασχέθηκε στην προσφεύγουσα η σχετική τεχνική δυνατότητα από το ΕΣΗΔΗΣ. Ειδικότερα, προσκομίστηκε το από 6-7-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα της προσφεύγουσας προς το ΕΣΗΔΗΣ προκειμένου να της χορηγηθεί η τεχνική δυνατότητα να αναρτήσει την προσφυγή στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του υπό εξέταση διαγωνισμού με α/α συστήματος ... (εφεξής η *επικοινωνία*). Η προσφεύγουσα δεν είχε υποβάλει προσφορά μέχρι την καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών (30-6-2020 σκέψη 2), με αποτέλεσμα να μην έχει πρόσβαση στην ηλεκτρονική διαδικασία, ώστε να μπορέσει καταθέσει την υπό εξέταση προσφυγή στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* στο ΕΣΗΔΗΣ. Σύμφωνα με το από 7-7-2020 προσκομιζόμενο ηλεκτρονικό μήνυμα του ΕΣΗΔΗΣ προς την προσφεύγουσα επιβεβαιώθηκε ότι «..Για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να έχετε υποβάλει προσφορά σε διαγωνισμό για να τον αναζητήσετε και να υποβάλετε μέσω της *Επικοινωνίας* την προδικαστική σας προσφυγή...». Συνεπώς, παραδεκτά ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

παραπάνω αναφερόμενες διατάξεις, καθόσον λόγω βεβαιωμένης τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ δεν χορηγήθηκε στην προσφεύγουσα η δυνατότητα να καταθέσει την προδικαστική προσφυγή μέσω της *επικοινωνίας* (βλ. ΑΕΠΠ 484-485/2019, 1172/2018 Εισηγήτρια Μ. Κανάβα).

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 8-7-2020 μέσω της *επικοινωνίας* την υπό εξέταση προσφυγή προς την παρεμβαίνουσα, η οποία είναι ο μόνος διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας που κατέθεσε προσφορά στον διαγωνισμό την 24-6-2020, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή την 13-7-2020, η αναθέτουσα αρχή μέσω της *επικοινωνίας* και με ανάρτηση στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ κοινοποίησε προς την παρεμβαίνουσα και τα Μέλη του 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ, την με αριθ. 17380/13-7-2020 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανεστάλησαν *όλες οι διαδικασίες συνέχισης του διαγωνισμού έως την έκδοση και κοινοποίηση της Απόφασης της ΑΕΠΠ για την εξέταση της Προδικαστικής Προσφυγής*. Περαιτέρω την 27-7-2020 με ανάρτηση στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και με ηλεκτρονικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής προς την ΑΕΠΠ, γνωστοποιήθηκε η με αριθ. 569 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στην 26^η συνεδρίαση της 20-7-2020, με την οποία επικυρώθηκε η παραπάνω απόφαση του Διοικητή περί αναστολής του διαγωνισμού.

8. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά του διαγωνισμού στον οποίο συμμετέχει η παρεμβαίνουσα έχοντας καταθέσει την με αριθ. ... προσφορά της και, ως εκ τούτου, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν (ΣΤΕ 1936/2014, βλ. ΑΕΠΠ 45/2020, σκ. 13 και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8), ασκήθηκε την 14-7-2020, η με αριθ. ΠΑΡ. ΑΕΠΠ 998 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην *επικοινωνία*, κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την παρεμβαίνουσα, και την αναθέτουσα αρχή, με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

9. Επειδή την 16-7-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ μέσω της *επικοινωνίας* το με αριθ. πρωτ. 17647/16-7-2020 έγγραφο με τις

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

απόψεις της επί της προσφυγής, και τον φάκελο της υπόθεσης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθρ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, τα οποία κοινοποίησε και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ αυθημερόν, γνωστοποιώντας αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις επί της προσφυγής, προς την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον νόμο.

10. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1045/2020 Πράξης της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων.*

11. Επειδή, στη διακήρυξη προβλέπεται ότι : « .. 1. ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 1.1 Στοιχεία Αναθέτουσας Αρχής... Έργο : «ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΓΝ ...» ΥΠΟΕΡΓΟ 2: «Προμήθεια και εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» Μηχάνημα ή Συγκρότημα ή Σύστημα ή Εξοπλισμός: Νοείται ο ζητούμενος εξοπλισμός με τα κλινικά πακέτα και τον παρελκόμενο εξοπλισμό που περιγράφεται στις τεχνικές προδιαγραφές και όλα τα λοιπά είδη και υλικά που απαιτούνται και πρέπει να προσκομίσει ο Ανάδοχος για την εγκατάσταση και πλήρη λειτουργία του συγκροτήματος..., 1.2 Στοιχεία Διαδικασίας-Χρηματοδότηση.. Ο ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΑΦΟΡΑ ΣΕ ΜΕΙΚΤΗ ΣΥΜΒΑΣΗ ΚΑΙ ΕΧΕΙ ΩΣ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ: 1) «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» CPV: ... συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 220.000,00€ με ΦΠΑ και 2) «Παροχή υπηρεσιών πλήρους συντήρησης και επισκευής» CPV:... συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 15.000,00€ με ΦΠΑ για το 1ο έτος μετά το πέρας της εγγύησης καλής λειτουργίας. 3) ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ: για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους Συντήρησης και Επισκευής (CPV: ...) του ανωτέρω εξοπλισμού για έξι (6) έτη (μετά το πέρας εγγύησης καλής λειτουργίας και μετά τον 1ο χρόνο συντήρησης) συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.000,00€ με ΦΠΑ.... 2) Η σύμβαση πλήρους ετήσιας συντήρησης και επισκευής για το 1ο έτος θα χρηματοδοτηθεί από

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ίδιους πόρους του Νοσοκομείου και θα βαρύνει τον ΚΑΕ ... του οικονομικού έτους μετά την λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας που θα προσφέρει ο ανάδοχος. Για την σύμβαση σχετικά με τις υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής δύναται να ενεργοποιηθούν δικαιώματα προαίρεσης και να ανανεώνεται ετησίως εφόσον η αναθέτουσα αρχή το επιθυμεί (με Απόφαση ΔΣ) και για συνολικό διάστημα το οποίο δεν θα υπερβαίνει τα δέκα(10) έτη συμπεριλαμβανομένης της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας.... 3) Τα ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ... Η δαπάνη συντήρησης δεν περιλαμβάνεται στην προαναφερόμενη χρηματοδότηση αλλά βαρύνει ίδιους πόρους του νοσοκομείου και θα βαρύνει την με ΚΑΕ ... σχετική πίστωση του προϋπολογισμού του φορέα... 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι: 1) η «Προμήθεια και εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» (CPV: ...) προϋπολογισμού 220.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και 2) η Παροχή υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης της Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για το 1ο έτος μετά την λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας (CPV: ...) προϋπολογισμού 15.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, 3) ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ: για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους Συντήρησης και Επισκευής (CPV: ...) του ανωτέρω εξοπλισμού για έξι (6) έτη (μετά το πέρας εγγύησης καλής λειτουργίας και μετά τον 1ο χρόνο συντήρησης) συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και τις απαιτήσεις που περιγράφονται αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» και στην παρούσα διακήρυξη για την κάλυψη των αναγκών του ΓΝ 1) η «Προμήθεια και εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» (CPV: ...) προϋπολογισμού 220.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και 2) η Παροχή υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης της Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για το 1ο έτος μετά την λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας (CPV: ...) προϋπολογισμού 15.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, 3) ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ: για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Συντήρησης και Επισκευής (CPV: ...) του ανωτέρω εξοπλισμού για έξι (6) έτη (μετά το πέρας εγγύησης καλής λειτουργίας και μετά τον 1ο χρόνο συντήρησης) συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και τις απαιτήσεις που περιγράφονται αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» και στην παρούσα διακήρυξη για την κάλυψη των αναγκών του ΓΝ 3) ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ: για την παροχή Υπηρεσιών πλήρους Συντήρησης και Επισκευής (CPV: ...) του ανωτέρω εξοπλισμού για έξι (6) έτη (μετά το πέρας εγγύησης καλής λειτουργίας και μετά τον 1ο χρόνο συντήρησης) και ως την συμπλήρωση της δεκαετίας συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 90.000,00€ με ΦΠΑ 24%. Σημειώνεται ότι η σύμβαση που θα υπογραφεί αρχικά θα αφορά την προμήθεια και εγκατάσταση της Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου και την παροχή υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης για το πρώτο έτος μετά το πέρας της εγγύησης καλής λειτουργίας. Στην συνέχεια και εφόσον το επιθυμεί η Α.Α. δύναται να ενεργοποιηθεί το δικαίωμα της προαίρεσης ως προς την παροχή της υπηρεσίας συντήρησης για τα υπόλοιπα έτη που απομένουν από την οριστική παραλαβή του προς προμήθεια εξοπλισμού και μέχρι την συμπλήρωση δεκαετίας κατόπιν σχετικής Απόφασης του ΔΣ του Νοσοκομείου. Έτσι για τα υπολειπόμενα έτη που απομένουν από την οριστική παραλαβή του προς προμήθεια εξοπλισμού και μέχρι την συμπλήρωση δεκαετίας και εφόσον το επιθυμεί η Α.Α (δικαίωμα προαίρεσης), δύναται να προβεί στην υπογραφή ετήσιων συμβάσεων πλήρους συντήρησης – επισκευής για όσα έτη επιθυμεί έως και την συμπλήρωση της δεκαετίας από την οριστική παραλαβή του προς προμήθεια εξοπλισμού. Το κόστος των ετήσιων αυτών συμβάσεων θα ισούται με την αρχική τιμή T1 που έχει συμπληρώσει ο διαγωνιζόμενος στον Πίνακα Π2... Σημειώνεται ότι ο παραπάνω υπολογισμός της αξίας των δικαιωμάτων προαίρεσης είναι ενδεικτικός καθόσον ο οριστικός π/υ θα οριστικοποιηθεί από την προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης του οικονομικού φορέα λαμβάνοντας υπόψη την διάρκεια εγγύησης καλής λειτουργίας και τη συνολική διάρκεια επισκευής συντήρησης που θα έχει προσφέρει ο οικονομικός φορέας με την συνολική του προσφορά. Υπογραμμίζεται ότι τα δικαιώματα προαίρεσης για την σύμβαση της συντήρησης δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα 10 έτη, συμπεριλαμβανομένου του χρόνου εγγύησης καλής

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

λειτουργίας καθώς και του 1ου έτους συντήρησης... 1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού... Για τον παρόντα διαγωνισμό γίνεται χρήση των διατάξεων περί συντετμημένων προθεσμιών στο πλαίσιο προώθησης των έργων του ΕΣΠΑ 2014-2020 με τους κανόνες / νομοθεσία περί της έκτακτης συνθήκης λόγω κορωνοϊού σε συνέχεια της υπ' αριθμ.375/18ης/27-5-2020 Απόφασης Διοικητικού Συμβουλίου (ΑΔΑ: 6ΦΔΞ46907ΦΖΒΡ) του ΓΝ ... με την οποία αποφασίστηκε η Προώθηση του ΥΠΟΕΡΓΟΥ 2 με συντομευμένες προθεσμίες λόγω επειγουσών καταστάσεων εξαιτίας της πανδημίας του κορωνοϊού... 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής.. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: Να έχουν εγκαταστήσει ένα τουλάχιστον συγκρότημα παραγωγής O₂ για ιατρική χρήση ίδιας ή μεγαλύτερης παροχής κατά την διάρκεια της τελευταίας τριετίας σε νοσοκομείο ή κλινική με βεβαίωση από το αντίστοιχο νοσηλευτικό ίδρυμα... Ο προσφέρων θα πρέπει να έχει αποδεδειγμένη Τεχνική Εμπειρία σε αντίστοιχα έργα και η οποία να βεβαιώνεται με την προσκόμιση καταλόγου με έργα εγκαταστάσεων και συντηρήσεων, συστημάτων παραγωγής O₂ για ιατρική χρήση, που έχει προμηθεύσει, εγκαταστήσει και συντηρεί ο ίδιος επιτυχώς και θα περιλαμβάνουν τουλάχιστον ένα συγκρότημα ίδιας ή μεγαλύτερης παροχής σε ένα νοσοκομείο ή κλινική κατά την τελευταία τριετία με βεβαίωση από το αντίστοιχο νοσηλευτικό ίδρυμα... 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα... Ελάχιστο επίπεδο τεχνικής ή/και επαγγελματικής επάρκειας για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών θεωρείται οι Προσφέροντες να έχουν παραδώσει (όπως θα πρέπει να προκύπτει από τον ως άνω κατάλογο) ένα (1) τουλάχιστον ίδιο ή παρόμοιο είδος με αυτά που ζητούνται με την παρούσα διακήρυξη και για τα οποία έχουν υποβάλλει προσφορά, κατά την προηγούμενη τριετία στις χώρες της ΕΕ ή του ΕΟΧ, ή σε τρίτες χώρες που θεμελιώνουν το σχετικό δικαίωμα στην ΣΔΣ που συνάφθηκε στα πλαίσια του ΠΟΕ. Σε περίπτωση που ο Συμμετέχων αποτελεί Ένωση / Κοινοπραξία, επιτρέπεται η μερική κάλυψη της απαίτησης, αρκεί όμως συνολικά αυτή να καλύπτεται από την Ένωση... 2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (βάσει των κριτηρίων της παρ. 2.3.2.)...

2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ I, III, & IV της Διακήρυξης για το σύνολο της σύμβασης (προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού και υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης) Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές... 6.4 Εγγυημένη λειτουργία εξοπλισμού Εγγύηση Καλής Λειτουργίας. 1. Το χρονικό διάστημα των τριών (3) ετών κατ' ελάχιστον από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του συγκροτήματος, καλείται «περίοδος εγγύησης καλής λειτουργίας». Για την καλή λειτουργία του συγκροτήματος κατά την περίοδο της εγγύησης καλής λειτουργίας που θα προτείνει με την προσφορά του, ο Ανάδοχος υποχρεούται με την οριστική παραλαβή, να καταθέσει Εγγυητική Επιστολή Καλής Λειτουργίας (βλ. παρ. 2.1.5 4.1 της παρούσας διακήρυξης και Υπόδειγμα 3, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V) το ύψος της οποίας θα ανέρχεται στο 2% της συμβατικής αξίας χωρίς ΦΠΑ της προσφερόμενης τιμής προμήθειας και εγκατάστασης του συγκροτήματος. Για το διάστημα αυτό ο Ανάδοχος εγγυάται την καλή λειτουργία του συγκροτήματος σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και την προσφορά του. Ο χρόνος εγγύησης καλής λειτουργίας πρέπει να είναι μεγαλύτερος από τον συμβατικό χρόνο της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας κατά τρεις (3) μήνες τουλάχιστον. Για την παρακολούθηση της εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων του αναδόχου η επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής, προβαίνει στον απαιτούμενο έλεγχο της συμμόρφωσης του αναδόχου στα προβλεπόμενα στην σύμβαση για την εγγυημένη λειτουργία καθ' όλον τον χρόνο ισχύος της τηρώντας σχετικά πρακτικά. Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης του αναδόχου προς τις συμβατικές του υποχρεώσεις, επιτροπή εισηγείται στο αποφαινόμενο όργανο της σύμβασης την έκπτωση του αναδόχου. Σύμβαση πλήρους επισκευής και συντήρησης εξοπλισμού για το 1ο έτος μετά την εγγύηση καλής λειτουργίας Αμέσως μετά την λήξη της περιόδου καλής λειτουργίας ξεκινάει ο πρώτος χρόνος συντήρησης και επισκευής σύμφωνα με την υπογραφείσα αρχική σύμβαση. Έτσι η εγγύηση καλής λειτουργίας αντικαθίσταται με νέα εγγύηση καλής εκτέλεσης της συντήρησης που θα αφορά το ποσό της σύμβασης που αντιστοιχεί στην δαπάνη για το 1ο έτος συντήρησης. (βλ. παρ. 2.1.5 και 4.1 της παρούσας διακήρυξης) Εγγύηση Πλήρους Συντήρησης –

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Επισκευής 1. Μετά την εκπνοή της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας και του 1ου χρόνου συντήρησης σύμφωνα με την αρχική υπογραφείσα σύμβαση, ακολουθεί η περίοδος πλήρους συντήρησης – επισκευής . Η περίοδος πλήρους συντήρησης- επισκευής διαρκεί τόσο διάστημα ώστε μαζί με την προτεινόμενη από τον διαγωνιζόμενο διάρκεια της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας και την παρέλευση του πρώτου έτους συντήρησης , το συνολικό προτεινόμενο διάστημα να ανέρχεται σε δέκα (10) έτη, αρχόμενο από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής του εξοπλισμού. Έτσι, αν ο διαγωνιζόμενος προτείνει περίοδο εγγύησης καλής λειτουργίας τρία έτη, η προτεινόμενη περίοδος πλήρους συντήρησης - επισκευής που ακολουθεί πρέπει να είναι 6 έτη, αν προτείνει περίοδο εγγύησης καλής λειτουργίας τέσσερα έτη, η προτεινόμενη περίοδος πλήρους συντήρησης - επισκευής που ακολουθεί πρέπει να είναι 5 έτη κοκ. Η πλήρης αυτή συντήρηση-επισκευή θα αναληφθεί με την υπογραφή της σχετικής Σύμβασης Πλήρους Συντήρησης-Επισκευής, της οποίας η διάρκεια είναι ετήσια και της οποίας η ανανέωση επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια του ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ (δικαίωμα προαίρεσης). Το κόστος των ετήσιων αυτών συμβάσεων θα ισούται για κάθε ένα έτος με την αρχική τιμή T1 που έχει συμπληρώσει ο διαγωνιζόμενος στον πίνακα Π2 στην οικονομική προσφορά του και σύμφωνα με την τεχνική του προσφορά και τους όρους της διακήρυξης. (Βλ. Τεχνικές Προδιαγραφές ΕΝΟΤΗΤΑ Β) Διευκρινίζεται ότι για το κόστος της πλήρους συντήρησης-επισκευής φορέας χρηματοδότησης είναι το Γενικό Νοσοκομείο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Τεχνικές Προδιαγραφές 1. Εισαγωγή Σύμφωνα με την αναθεωρημένη έκδοση 7.1 της Ευρωπαϊκής Φαρμακοποιίας, monograph2455 (και της εγκυκλίου ΕΟΦ ΑΠ 22288 28/03/2011), τέθηκε σε ισχύ από 1ης Απριλίου 2011, η δυνατότητα χρήσης οξυγόνου ιατρικής χρήσης, καθαρότητας 93%, V/V, το οποίο παρέχεται από συγκεντρωτές/γεννήτριες Οξυγόνου, τεχνολογίας προσρόφησης (Pressure Swing Adsorption, PSA). Για το Γ.Ν. ... και σύμφωνα με τα ιστορικά στοιχεία κατανάλωσης υγροποιημένου O₂ , ήτοι:

ΟΓΚΟΣ O₂ LOX ANA ΕΤΟΣ 140.000 m³ αερίου O₂ @ 1atm, και 15° C

ΟΓΚΟΣ GAS O₂ ANA ΗΜΕΡΑ 383,56 m³ /day

ΟΓΚΟΣ GAS O₂ ANA ΩΡΑ 16 m³ /h ...

2. Γενικά στοιχεία Όλα τα συστήματα, υποσυστήματα, εξαρτήματα και υλικά θα είναι κατάλληλα για εγκαταστάσεις ιατρικών αερίων, θα συνοδεύονται από

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

πιστοποιητικά CE, ιατροτεχνολογικών προϊόντων σύμφωνα με: • 93/42/ΕΟΚ, • Υπουργικής Απόφασης ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648 ΦΕΚ Β/2198/2-10-2009 "Εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ "περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων" • ΔΥ8/ΟΙΚ/ΓΠ/οικ.110318/14-09-2006 Νομοθεσία για υλικά και τρόπο κατασκευής εγκαταστάσεων Ιατρικών Αερίων, Κενού, Συστημάτων απομάκρυνσης αναισθητικών αερίων καθώς επίσης και για ρυθμιστές πίεσης Ιατρικών Αερίων. • ΕΟΦ ΑΠ:23151/7-3-2016, «Περί Ιατρικών Αερίων». Όλες οι εργασίες θα εκτελούνται από μόνιμο εξειδικευμένο προσωπικό, που είναι κάτοχοι των αδειών που προβλέπει ΠΔ 112/2012, ΦΕΚ 197/Α/17.10.2012 (αντικατέστησε το ΠΔ55/2000), υπό την επίβλεψη πεπειραμένων στο υπόψη αντικείμενο μηχανικών και θα πραγματοποιούνται σύμφωνα με τους κανονισμούς: • EN ISO 7396-1 (medical gas pipeline systems- Part 1: pipelines for compressed medical gases and vacuum) • EN ISO 7396-2 (medical gas pipeline systems- Part 2) • οδηγίες του Υπουργείου Υγείας και Πρόνοιας ο ΔΥ8/Β/οικ/115301/26-08-2009, Προδιαγραφές για συστήματα σωληνώσεων ιατρικών αερίων και κενού και συστήματα απομάκρυνσης αναισθητικών αερίων ο ΔΥ8/Β/οικ.49727/26-4-2010 Έγκριση προδιαγραφών Η.Μ εγκαταστάσεων των κύριων τμημάτων Νοσοκομείων ο ΔΥ8/ΟΙΚ/ΓΠ/οικ.110318/14-09-2006 Νομοθεσία για υλικά και τρόπο κατασκευής εγκαταστάσεων Ιατρικών Αερίων, Κενού, Συστημάτων απομάκρυνσης αναισθητικών αερίων • ΕΠΥ «Έγκριση τεχνικών προδιαγραφών για μονάδες παραγωγής αερίου οξυγόνου (O₂) από τα δημόσια νοσοκομεία», • οδηγίες του ΕΟΦ, • μη χρήσης αλογονομένων πολυμερών Non-Halogenated Polymers DIR- 050-0901, βάσει και των οποίων θα εκτελούνται και οι απαιτούμενες δοκιμές τόσο στα δίκτυα, όσο και στις λοιπές εγκαταστάσεις.... 2.1. Έλεγχος και πιστοποίηση Ο έλεγχος και η πιστοποίηση της εγκατάστασης Ιατρικών Αερίων θα γίνει με ευθύνη και δαπάνη του προμηθευτή, ο οποίος θα πρέπει να είναι πιστοποιημένος για τις εργασίες αυτές, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία και τις οδηγίες του Υπουργείου Υγείας και θα εκδίδεται έκθεση ελέγχου κατά EN ISO 7396 και ISO 10083... 3.3. Παραγωγή και αποθήκευση αερίου οξυγόνου Η παραγωγή οξυγόνου θα γίνεται από μια (1) γεννήτρια οξυγόνου τεχνολογίας PSA, η οποία θα παράγει αέρα εμπλουτισμένο σε οξυγόνο, με περιεκτικότητα σε O₂, 93% V/V (κ.ο.). Η τεχνολογία PSA αποτελεί μέθοδο διαχωρισμού αερίων, που

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

υπάρχουν στον ατμοσφαιρικό αέρα, με την διαδικασία της προσρόφησης υπό πίεση των συστατικών του αέρα που έχουν συγκεκριμένες φυσικοχημικές ιδιότητες, επί ειδικού προσροφητικού υλικού (ζεόλιθος / zeolite)... Κατά την λειτουργία της γεννήτριας οξυγόνου, το παραγόμενο O₂ θα αποθηκεύεται σε ξεχωριστά δοχεία παραγόμενου αερίου και ταυτόχρονα θα τροφοδοτείται το δίκτυο του O₂ ιατρικής χρήσης. Το αέριο προϊόν που παράγεται κατά την φάση αναγέννησης του προσροφητικού υλικού είναι αέρας εμπλουτισμένος σε N₂, που περιέχει 8...12% O₂. Αυτό πρέπει να οδηγείται/απορρίπτεται στο περιβάλλον μέσω κατάλληλου δικτύου αγωγών (PVC) για λόγους ασφαλείας του προσωπικού (αποφυγή δημιουργίας επικίνδυνης ατμόσφαιρας χαμηλής περιεκτικότητας σε οξυγόνο - ασφυξία). Η σύνθεση του παραγόμενου O₂ θα είναι 93% V/V (κ.ο.), σύμφωνα με : ♣ ISO 10083:2006 Oxygen concentrator supply systems for use with medical gas pipeline systems ♣ EUROPEAN PHARMACOPOEIA 7.1, monograph 04/2011:2455, Oxygen (93 per cent) ♣ 22288/28-3-2011 εγκύκλιο του ΕΟΦ ♣ Η εταιρεία κατασκευής των προσφερομένων γεννητριών O₂, θα είναι πιστοποιημένη κατά ISO 9001, ISO 13485 και ISO 14001... Η αποθήκευση του παραγόμενου οξυγόνου θα γίνεται σε αεριοφυλάκιο, συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 2.000 λίτρων, με εισόδους και εξόδους για τη σύνδεση της/των O₂ γεννητριών και του δικτύου μέσω λυομένων συνδέσμων, με βαλβίδες ασφαλείας και μανόμετρα. Το/τα δοχεία θα είναι μεταλλικά, κατάλληλα για οξυγόνο με εσωτερική επεξεργασία Poly-Tetra-Fluor-Ethylene (PTFE, Vitroflex) και θα συνοδεύονται από πιστοποιητικά δοκιμών (σύμφωνα με οδηγία 97/23/CE)... 3.6. Μονάδα μετρήσεων και ελέγχου ποιότητας παραγόμενου O₂ Για συνεχή μέτρηση και έλεγχο της ποιότητας του παραγόμενου οξυγόνου, θα εγκατασταθεί στην τελική έξοδο του συγκροτήματος παραγωγής O₂ και πριν την είσοδο του δικτύου οξυγόνου στο νοσοκομείο, μια (1) ηλεκτρονική μονάδα μετρήσεων και ελέγχου (αναλυτής αερίων) εφοδιασμένη με ένα αναλυτή οξυγόνου και αερίων ρύπων (με αισθητήρες CO, CO₂, NO/NO₂, και SO₂). Σε περίπτωση που η ποιότητα/σύνθεση του παραγόμενου οξυγόνου είναι έκτος προδιαγραφών (EUROPEAN PHARMACOPOEIA 7.1, monograph 04/2011:2455, Oxygen 93, ΕΟΦ, ISO 10083), θα διακόπτεται αυτόματα η τροφοδοσία του νοσοκομείου από την τρέχουσα πηγή τροφοδοσίας και θα

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

μεταβαίνει στην εφεδρική πηγή τροφοδοσίας και θα σηματοδοτούνται/αποστέλλονται αντίστοιχοι συναγερμοί (οπτικοί, ηχητικοί και αποστολή email και SMS). Όλοι οι αισθητήρες συγκέντρωσης αερίων (O₂, CO, CO₂, NO/NO₂, και SO₂) θα ελέγχονται και θα βαθμονομούνται ετησίως, με ευθύνη και δαπάνη του προμηθευτή, με χρήση πιστοποιημένων φιαλών αερίων αναφοράς (ειδικών για το κάθε αέριο) και θα εκδίδεται έκθεση ελέγχου/μετρήσεων σύμφωνα με ΔΥ8/Β/οικ.115301/26-08-2009 και ISO 10083 και επιπλέον θα ελέγχεται η ποιότητα/σύνθεση του παραγόμενου οξυγόνου και με test tubes σύμφωνα με EUROPEAN PHARMACOPOEIA 7.1, monograph 04/2011:2455 και ΕΟΦ... 3.9. Ηλεκτρική παροχή Για την ηλεκτρική τροφοδοσία συμπιεστών, ξηραντήρων, γεννητριών και λοιπών βοηθητικών συσκευών του συστήματος, προβλέπεται η προμήθεια και εγκατάσταση εντός του οικίσκου, ενός ηλεκτρικού πίνακα διανομής κατάλληλης ισχύος, (με ενσωματωμένο το απαραίτητο ηλεκτρολογικό υλικό, ήτοι: αυτόματοι διακόπτες, ασφαλιστικές διατάξεις κλπ.). Η διασύνδεση με το κεντρικό πίνακα χαμηλής τάσης θα γίνει από το νοσοκομείο. Από τον προαναφερόμενο πίνακα θα τροφοδοτηθούν όλες οι συσκευές του προσφερόμενου συστήματος που χρήζουν ηλεκτρικής παροχής, με καλώδια διατομών ανάλογα με την τροφοδοτούμενη ισχύ κάθε μηχανήματος ή συσκευής... 3.11. Σύστημα πλήρωσης φιαλών O₂ υψηλής πίεσης Για περαιτέρω εκμετάλλευση του παραγόμενου οξυγόνου από το συγκρότημα παραγωγής οξυγόνου θα εγκατασταθεί ένα (1) σύστημα πλήρωσης φιαλών O₂ υψηλής πίεσης, το οποίο θα ανταλλάσει δεδομένα με την κεντρική μονάδα ελέγχου του συγκροτήματος παραγωγής, έτσι ώστε κατά τις ώρες που υπάρχει δυνατότητα περίσσιας παραγωγής O₂, να ενεργοποιείται η διάταξη αποθήκευσης του O₂ σε φιάλες οξυγόνου... 3.13. Αυτόματο κέντρο διαχείρισης προτεραιότητας πηγών O₂ Όλες οι πηγές οξυγόνου θα οδηγούνται σε αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου, το οποίο θα διαχειρίζεται την προτεραιότητα λειτουργίας της κάθε πηγής (δηλαδή των γραμμών παραγωγής ή/και φιαλών O₂ ή/και κρουογενικής δεξαμενής) ώστε να διασφαλίζεται η συνεχόμενη και αδιάλειπτη παροχή του δικτύου με O₂ από όποια πηγή είναι διαθέσιμη κάθε φορά, διατηρώντας την προκαθορισμένη σειρά προτεραιότητας και σταθερή πίεση εξόδου... ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ... Ο Ανάδοχος υποχρεούται να έχει όλες τις πηγές (γραμμές παραγωγής και κέντρο φιαλών) σε πλήρη ετοιμότητα για την παροχή

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Ιατρικού Οξυγόνου σύμφωνα με τις παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές και κανονισμούς. Το κέντρο φιαλών θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα να καλύψει τις ανάγκες του Νοσοκομείου για τουλάχιστον 24 ώρες. Αν με υπαιτιότητα του προμηθευτή απαιτηθεί η χρήση της δεξαμενής υγρού οξυγόνου του Νοσοκομείου τότε το κόστος της κατανάλωσης υγρού οξυγόνου θα βαρύνει τον προμηθευτή. Εξαιρούνται περιπτώσεις ανωτέρας βίας...»

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά των παραπάνω όρων της διακήρυξης (σκέψη 11), προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως έγγραφα ισχυρίζεται ότι οι πλησσόμενοι όροι της διακήρυξης δεν είναι σύνομοι επειδή « .. 2. Η Αναθέτουσα Αρχή με τη Διακήρυξη εκτός του ότι 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 είναι αφενός μη νόμιμο για τους λόγους που κάτωθι θα αναφέρουμε και αφετέρου εξαιρετικά αμφίβολο εάν μπορεί να ενσωματωθεί με τις υπάρχουσες εγκαταστάσεις διανομής ιατρικού οξυγόνου στους ασθενείς και να λειτουργήσει χωρίς κινδύνους, επιπλέον καθορίζει ότι και τη συντήρηση του ίδιου έργου θα αναλάβει επί 10ετία ο ίδιος προμηθευτής, με αποτέλεσμα να στερεί τη δυνατότητα από τρίτους οικονομικούς φορείς που έχουν τη δυνατότητα συντήρησης του εν λόγω εξοπλισμού, αλλά όχι τη δυνατότητα προμήθειάς του να μην συμμετάσχουν στον εν λόγω διαγωνισμό και δη επί 10ετία, κατά παράβαση των διατάξεων για τις δημόσιες συμβάσεις. Περαιτέρω, το γεγονός ότι ούτε ο προμηθευτής της μονάδας παραγωγής οξυγόνου ούτε το Νοσοκομείο διαθέτει καμία πιστοποίηση (άδεια παραγωγής, άδεια κυκλοφορίας κλπ) για την προμήθεια ιατρικού οξυγόνου, το οποίο αποτελεί φάρμακο, εμποδίζει και άλλους οικονομικούς φορείς να συμμετέχουν στον επίμαχο διαγωνισμό, όπως η εταιρία μας, η οποία νομίμως θα μπορούσε να συμμετάσχει σε έναν διαγωνισμό για τη συντήρηση του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού και του δικτύου διανομής οξυγόνου του Νοσοκομείου, εφόσον πληρούνταν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την προμήθεια της μονάδας παραγωγής οξυγόνου. Τούτο διότι, στην υπό κρίση περίπτωση, όπου ούτε ο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

προμηθευτής της μονάδας παραγωγής οξυγόνου ούτε το Νοσοκομείο θα διαθέτουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις, υφίσταται ο κίνδυνος να βρεθεί υπόλογος και ο συντηρητής του εν λόγω δικτύου. Τέλος, σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε παρανόμως συντάξει τις προθεσμίες για την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και της διενέργειας του διαγωνισμού, θα μπορούσαν να είχαν συμμετάσχει περισσότεροι οικονομικοί φορείς. Για παράδειγμα, η Εταιρία μας έλαβε γνώση των όρων της επίμαχης Διακήρυξης κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στον επίμαχο διαγωνισμό, με αποτέλεσμα, να έχει εμποδιστεί πλήρως η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό. Όλα τα ανωτέρω, σε συνδυασμό με όσα πιο κάτω θα αναλύσουμε, οδηγούν σε τεχνητό και παράνομο περιορισμό του ανταγωνισμού και συνεπώς καθιστούν τη Διακήρυξη απορριπτέα. Θα πρέπει δε σε αυτό το σημείο να επισημάνουμε ότι λόγω της κατάστασης έκτακτης ανάγκης στην οποία βρίσκεται όλη η υφήλιος λόγω της πανδημίας του COVID-19, ακριβώς η προμήθεια του Νοσοκομείο με μονάδα παραγωγής ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου, το οποίο παράγει οξυγόνο καθαρότητας 90-96 % (βλ. σχετικούς όρους της Διακήρυξης, σελ. 66 της Διακήρυξης) αντί της καθαρότητας 99 – 100% που παρέχεται με το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο αντενδείκνυται πλήρως και δεν χρησιμοποιείται σε ασθενείς με COVID-19, όπου οι απαιτήσεις σε οξυγόνο υψηλής καθαρότητας είναι αυξημένες. Συνεπώς, ενόψει της πανδημίας του COVID-19, ΤΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΟΧΙ ΜΟΝΟ ΔΕΝ ΜΠΟΡΟΥΣΕ ΝΑ ΣΥΝΤΑΜΕΙ ΤΙΣ ΣΧΕΤΙΚΕΣ ΠΡΟΘΕΣΜΙΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΣΤΟΝ ΕΠΙΜΑΧΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΑΛΛΑ ΟΦΕΙΛΕ ΝΑ ΜΗΝ ΠΡΟΒΕΙ ΣΤΗΝ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΤΟΥ ΕΝ ΛΟΓΩ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ (ΒΛ. ΠΙΟ ΚΑΤΩ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΜΑΣ). ΤΑ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΜΑΣ ΕΧΟΥΝ ΠΑΡΑΣΧΕΘΕΙ ΑΠΟ ΤΗ ΜΗΤΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΜΑΣ ... ΠΟΥ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΠΟΙΕΙΤΑΙ ΣΤΗΝ ..., ΟΠΟΥ Η ΣΧΕΤΙΚΗ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΕΔΕΙΞΕ ΤΗ ΜΗ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΧΡΗΣΗΣ ΜΟΝΑΔΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΟΞΥΓΟΝΟΥ ΣΤΟΥΣ ΑΣΘΕΝΕΙΣ ΜΕ COVID-19. 3. Σε σχέση με το τμήμα της Διακήρυξης για την προμήθεια της μονάδας παραγωγής οξυγόνου, λεκτέα είναι τα ακόλουθα. Αντικείμενο της Διακήρυξης, δηλαδή το προϊόν το οποίο χρειάζεται το Νοσοκομείο να προμηθευτεί για τη λειτουργία του και την προστασία των ασθενών του είναι ιατρικό οξυγόνο, το οποίο σε κάθε περίπτωση αποτελεί φάρμακο. Η εταιρία μας δραστηριοποιείται στον

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

τομέα των ιατρικών αερίων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και το ζητούμενο υπό προμήθεια προϊόν, ήτοι το ιατρικό οξυγόνο. Η εταιρία μας για τη νόμιμη διακίνηση του ιατρικού οξυγόνου έχει μεριμνήσει (καταβάλλοντας και τα σχετικά έξοδα) και έχει ήδη λάβει από τον ΕΟΦ την υπ' αριθμ. ..., ..., ... Άδειες Κυκλοφορίας για το φαρμακευτικό οξυγόνο/...(Ιατρικό αέριο, κρυσταλλικό 100 %, ιατρικό αέριο, κρυσταλλικό 100 %, ιατρικό αέριο, πεπιεσμένο 100 %), όπως αυτές έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν (Σχετικό 1α) από όπου προκύπτει ότι ο ΕΟΦ θεωρεί ότι το ιατρικό οξυγόνο (υγρό και αέριο) εμπίπτει στην ανωτέρω έννοια του φαρμάκου, καθώς και όλες τις απαιτούμενες άδειες παραγωγής, πιστοποιητικά συμμόρφωσης με τους κανόνες καλής παραγωγής κλπ (βλ. και την άδεια παραγωγής της εταιρίας μας Σχετικό 1β). Σε σχέση με το τμήμα της Διακήρυξης που αφορά τη συντήρηση της μονάδας παραγωγής οξυγόνου (που αποτελεί ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό), η Εταιρία μας διαθέτει όλες τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις και δικαιολογητικά που θα της επέτρεπαν να συμμετάσχει σε έναν διαγωνισμό συντήρησης ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού (όπως ο επίμαχος), εφόσον αυτός προκηρυσσόταν με όλες τις απαιτούμενες νόμιμες προϋποθέσεις. Προς επίρρωση, εντελώς ενδεικτικά, προσκομίζουμε και επικαλούμαστε την υπ' αριθμ. 54.19 Σύμβαση, σχετικά με τη συντήρηση των εγκαταστάσεων του δικτύου των ιατρικών αερίων με το ΨΥΧΙΑΤΡΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ το Νοσοκομείο για την προμήθειά του με 140.000 κυβικά μέτρα (m³) έτοιμου ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου (που καλύπτει πλήρως τις ετήσιες ανάγκες της σε φαρμακευτικό οξυγόνο), σύμφωνα με τον όρο 1 του Παραρτήματος Ι (Σελ. 63) της Διακήρυξης δαπανών σήμερα 0,175 €/κ.β. x 140.000 κ.μ. = 24.500 € πλέον ΦΠΑ 24 %, ήτοι 30.380,00 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Δηλαδή, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η εν λόγω τιμή θα παραμείνει σταθερή για τα επόμενα 10 έτη (παρόλο που είναι βέβαιο ότι η εν λόγω τιμή θα μειωθεί περαιτέρω ενόψει των σχετικών νομοθετικών διατάξεων), το συγκεκριμένο Νοσοκομείο θα δαπανήσει για τα επόμενα 10 έτη συνολικά και χωρίς καμία άλλη επιβάρυνση (σύμφωνα με τη διάρκεια που αναφέρεται στη Διακήρυξη) για την προμήθειά του με έτοιμο ιατρικό (φαρμακευτικό) οξυγόνο το πολύ 24.500,00 € x 10 = 245.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ 24%), ήτοι 303.800,00 € (με ΦΠΑ 24 %). Αντίθετα το εν λόγω Νοσοκομείο υιοθετώντας τη λύση της προμήθειας και εγκατάστασης μονάδας παραγωγής οξυγόνου θα αναλώσει, βάσει της προϋπολογισθείσας δαπάνης

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

του διαγωνισμού το ποσό των 325.000,00 € (με ΦΠΑ) – βλ. σχετικά σελ. 1 της Διακήρυξης – και τούτο, χωρίς να καν να συνυπολογίσει κανείς το υπέρογκο κόστος που απαιτείται για την κατανάλωση ηλεκτρικού ρεύματος, η οποία λόγω της λειτουργίας ενός απαιτητικού μηχανήματος είναι πολλαπλάσια της τωρινής (πάνω από 100% αύξηση) και χωρίς να υπολογίσει κανείς το κόστος των ανταλλακτικών, αλλά και του προσωπικού που θα απαιτηθεί να προσληφθεί και να είναι υπεύθυνο για τη λειτουργία του εν λόγω μηχανήματος. Τα ως άνω κόστη, θα πρέπει να ληφθούν σοβαρά υπόψη τόσο από την ΑΕΠΠ όσο και από το Νοσοκομείο, καθώς η επιβάρυνση του Νοσοκομείο με επιπλέον κόστος, χωρίς κανέναν δικαιολογητικό λόγο, θεωρούμε ότι θέτει ζητήματα σε σχέση με τη διαχείριση αυτού και εντεύθεν διοικητικών και ποινικών ευθυνών. 5. Τα ανωτέρω δε οικονομικά δεδομένα είναι ακόμη πιο εντυπωσιακά αν αναλογιστεί κανείς, από την μέχρι τώρα εμπειρία μας στο χώρο, ότι όσα νοσοκομεία (παρανόμως) επέλεξαν να εγκαταστήσουν μονάδες παραγωγής οξυγόνου ότι μετά την περίοδο εγγύησης καλής λειτουργίας (συνήθως, 3ετής) ότι δεν μπορούν να λειτουργήσουν τις συγκεκριμένες μονάδες και έχουν επιστρέψει στην προμήθεια έτοιμου ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου – βλ. σχετικά το υπ' αριθμ. 24212/3-10- 2019 έγγραφο του ... (Σχετικό Β2), το οποίο ενώ είχε εγκαταστήσει μονάδα παραγωγής οξυγόνου προκήρυξε διαγωνισμό για την προμήθεια έτοιμου ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου. Παράλληλα, καθόλο το χρονικό διάστημα που οι εν λόγω μονάδες παραγωγής οξυγόνου εγκατεστημένες σε νοσοκομεία παράλληλα, τα εν λόγω νοσοκομεία ζητούσαν την προμήθεια και έτοιμου ιατρικού οξυγόνου και δη πολλές φορές σε ποσότητες ακριβώς ίδιες με το χρονικό διάστημα πριν την εγκατάσταση των σχετικών μονάδων παραγωγής οξυγόνου (γεγονός που αποδεικνύει πλήρως τους πιο κάτω ισχυρισμούς μας περί αναποτελεσματικότητας των εν λόγω μονάδων) – βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη Συνοπτικού Διαγωνισμού που έχει προκηρύξει πολύ πρόσφατα το Γενικό Νοσοκομείο ... (Σχετικό Β3), με το οποίο το εν λόγω Νοσοκομείο αιτείται την προμήθεια έτοιμου ιατρικού (φαρμακευτικού) οξυγόνου σε φιάλες, ως προμηθευόταν πάντοτε, παρόλο που έχει εγκαταστήσει μονάδα παραγωγής οξυγόνου και δη στις ίδιες ποσότητες τις οποίες προμηθευόταν το εν λόγω προϊόν και πριν την εγκατάσταση της σχετικής γεννήτριας (το εν λόγω γεγονός το γνωρίζουμε, δεδομένου ότι και παλαιότερα – πριν την εγκατάσταση

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

των μονάδων παραγωγής οξυγόνου – προμηθεύαμε το συγκεκριμένο νοσοκομείο με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο. 6. Το πιο σημαντικό, ωστόσο, είναι (πέραν της κατασπατάλησης δημοσίου χρήματος) ότι όσα νοσοκομεία έχουν εγκαταστήσει τέτοιες μονάδες και δεν έχουν μεριμνήσει παράλληλα για την προμήθειά τους με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο σε δεξαμενή ή σε φιάλες (ως απαιτείται και βάσει του ISO 7396-1, όπως και η Αναθέτουσα Αρχή, καθώς στη Διακήρυξη δεν γίνεται καμία αναφορά σε εφεδρικό σύστημα παροχής οξυγόνου σε δεξαμενή ή φιάλες) έχουν βρεθεί πολλές φορές σε κατάσταση «έκτακτης ανάγκης», μη δυνάμενα να παροχετεύσουν στους ασθενείς τους ιατρικό οξυγόνο, λόγω μη λειτουργίας των συγκεκριμένων μονάδων και λόγω της μη δυνατότητας των προμηθευτών μονάδων παραγωγής οξυγόνου να προμηθεύσουν παράλληλα τα νοσοκομεία (ελλείψει σχετικής ενασχόλησης και σχετικών αδειοδοτήσεων, όπως ειδικώς αναφέρουμε και πιο κάτω με σχετικό λόγο της ένδικης αίτησής μας), με άμεσο κίνδυνο για την υγεία της ζωής των ασθενών τους (βλ. σχετικά αιτήματα του Νοσοκομείου ... που έχει εγκαταστήσει παρανόμως μονάδα παραγωγής οξυγόνου προς την εταιρία μας που προσκομίζουμε και επικαλούμαστε ενδεικτικώς – Δέσμη Σχετικών Β4). Ενώ, το Νοσοκομείο της ... που ομοίως είχε εκκινήσει σχετική διαδικασία έχει ήδη εκδώσει διαβούλευση τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια και εγκατάσταση δεξαμενής υγροποιημένου οξυγόνου (Σχετικό Β5). 7. Ούτε η Εταιρία μας ούτε και οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς έχουν τη δυνατότητα ενόψει των ελλείψεων της Διακήρυξης (ιδίως σε σχέση με τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προδικαστικής μας προσφυγής) να προμηθεύσουν το Νοσοκομείο εφεδρικώς (ως δεύτερη ή τρίτη πηγή οξυγόνου) και τούτο για τους εξής λόγους: α) Όπως, αναλυτικώς, εκθέτουμε πιο κάτω στο 2ο λόγο της προσφυγής μας είναι μη νόμιμη και απαγορεύεται η ανάμιξη, στο ίδιο δίκτυο διανομής οξυγόνου, του οξυγόνου καθαρότητας 93 % (παραγόμενο από μονάδα παραγωγής οξυγόνου) με το οξυγόνο καθαρότητας 99,5 % (έτοιμο ιατρικό οξυγόνο). Δεδομένου ότι το Νοσοκομείο, όπως αναφέρεται και στη Διακήρυξη, δεν διαθέτει 2 συστήματα διανομής οξυγόνου, τα οποία να συνδέουν το ένα τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου και το άλλο τη δεξαμενή του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου με τα δωμάτια των ασθενών, προφανές είναι ότι στο ίδιο δίκτυο διανομής (με την εναλλακτική χρήση του παραγόμενου από τη μονάδα οξυγόνου καθαρότητας 93 % και του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

καθαρότητας 99,5 %) θα αναμιγνύονται τα δύο αυτά προϊόντα. Τούτο, ωστόσο, είναι μη νόμιμο, αλλά και επικίνδυνο. Μη νόμιμο γιατί θα διαχέεται στους ασθενείς ένα φάρμακο (ιατρικό οξυγόνο), το οποίο ενώ θα έχει λάβει πιστοποίηση με συγκεκριμένες προδιαγραφές (καθαρότητα 99,5 % χωρίς επιβλαβή αέρια κλπ) τελικώς ο ασθενής θα λαμβάνει ένα άλλο φάρμακο (καθώς στο έτοιμο ιατρικό οξυγόνο θα έχει αναμιχθεί το οξυγόνο 93 %), το οποίο τελικώς δεν διαθέτει καμία πιστοποίηση και καμία άδεια, καθώς θα έχει διαφορετική σύσταση. Σημειωτέον, ότι με καθαρότητα κάτω από 99 % το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο δεν αποτελεί καν αντικείμενο εμπορίας. Δηλαδή θα διατίθεται στους καταναλωτές (ασθενείς) ένα προϊόν που ενώ έχει λάβει πιστοποίηση για x προδιαγραφές θα διαθέτει ψ προδιαγραφές, το οποίο, ωστόσο, ενόψει της αυστηρής φαρμακευτικής νομοθεσίας (όπως αναλύουμε στον 1ο λόγο της προσφυγής μας) απαγορεύεται. Τα φάρμακα πρέπει να διατίθενται με τις προδιαγραφές για τις οποίες έχουν λάβει τη σχετική άδεια κυκλοφορίας. Τούτο σαφέστατα θα καθιστούσε την εταιρία μας, αλλά και κάθε οικονομικό φορέα που θα αναλάμβανε μία τέτοια προμήθεια (όπως και το Νοσοκομείο) υπόλογο με εντεύθεν ποινικές, αστικές και διοικητικές ευθύνες. Και επικίνδυνο γιατί διαφορετική δοσολογία και ρύθμιση χρειάζεται ένας ασθενής που λαμβάνει οξυγόνο καθαρότητας 99,5 % και διαφορετική ένας ασθενής που λαμβάνει οξυγόνο 93 % (ας αναλογιστούμε π.χ. ένα χάπι που έχει δραστική ουσία σε ποσότητα 10 mg και ένα άλλο χάπι με την ίδια δραστική ουσία σε ποσότητα 25 mg, προφανές είναι ότι διαφορετική ποσότητα θα πρέπει να λάβει ο Α ασθενής αν πάρει το 1ο χάπι και διαφορετική αν πάρει το 2ο χάπι). Ωστόσο, με την ανάμιξη των δύο προϊόντων στο ίδιο δίκτυο διανομής, ο θεράπων ιατρός του ασθενούς δεν θα ξέρει τελικώς την καθαρότητα του οξυγόνου που θα λαμβάνει ο ασθενής, η οποία μπορεί να ποικίλει από 90 μέχρι 100 % (λόγω της ανάμιξης), με αποτέλεσμα τον κίνδυνο της υγείας των ασθενών. Παράλληλα, το εν λόγω αναμεμιγμένο προϊόν δεν θα εμπίπτει σε κανένα νομοθετικό πλαίσιο (ως αναφέραμε και αμέσως πιο πάνω). Τούτος ο ισχυρισμός θα πρέπει να εξεταστεί ιδιαιτέρως εν προκειμένω λόγω της πανδημίας του COVID-19, καθώς οι βαριά πάσχοντες ασθενείς από COVID-19 δεν «καλύπτονται» με την παροχή οξυγόνου χαμηλής καθαρότητας, όπως αυτής που παρέχεται από τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου. Και μπορεί προς το παρόν το ΓΝ ... να μην αποτελεί νοσοκομείο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

αναφοράς (ενόψει του ότι στη χώρα μας δεν υπήρχαν πάρα πολλά κρούσματα σε σχέση με άλλες χώρες) ωστόσο, τίποτα δεν αποκλείει από Σεπτέμβριο να νοσηλεύσει ασθενείς με COVID-19 στο εν λόγω νοσοκομείο, ενόψει του αναμενόμενου δεύτερου κύματος της πανδημίας. β) Λόγω της ανάμιξης των δύο προϊόντων προερχομένων από δύο διαφορετικούς προμηθευτές, δεν προκύπτει και δεν αποδεικνύεται ποιος προμηθευτής θα έχει την ευθύνη, σε περίπτωση σφάλματος. Ιδίως δε, ενδέχεται η εταιρία μας (ως προμηθεύτρια έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, όπως και οι υπόλοιπες εταιρίες με το ίδιο αντικείμενο) να βρεθεί υπόλογη για κακή παραχθείσα παρτίδα οξυγόνου 93 %, το οποίο θα έχει αναμιχθεί με το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, με αποτέλεσμα να βρισκόμαστε υπόλογοι σε μία κατάσταση για την οποία δεν θα έχουμε καμία ευθύνη. Για τους ανωτέρω λόγους προφανές είναι ότι η εταιρία μας δεν δύναται νομίμως να προμηθεύσει παράλληλα με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο νοσοκομεία που έχουν εγκαταστήσει μονάδα παραγωγής οξυγόνου, εφόσον δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που αναφέρουμε ιδίως με τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής μας. 8. Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτουν τα εξής: - Ότι η προμήθεια των μονάδων παραγωγής οξυγόνου δεν είναι νόμιμη για τους λόγους που αναφέρουμε αμέσως πιο κάτω. Παράλληλα, η χρήση τους δεν είναι αποτελεσματική και δεν διασφαλίζει την απρόσκοπτη και αδιάλειπτη τροφοδοσία του Νοσοκομείου με οξυγόνο, με άμεσο κίνδυνο της ζωής των ασθενών. - Ότι το προϊόν που παράγεται από τις μονάδες παραγωγής οξυγόνου δεν πιστοποιείται και δεν διαθέτει καμία απολύτως άδεια. - Ότι μετά την 3ετή εγγύηση λειτουργίας (που συνεπάγεται ουσιαστικά τη λειτουργία των μονάδων παραγωγής οξυγόνου με τεχνικό προσωπικό του προμηθευτή, κανένα νοσοκομείο δεν αναλαμβάνει να λειτουργήσει τις συγκεκριμένες μονάδες, ο κύκλος ζωής των οποίων είναι ούτως ή άλλως περιορισμένος, με αποτέλεσμα, το Νοσοκομείο να πρέπει να προκηρύξει νέο διαγωνισμό για την προμήθειά του με ιατρικό οξυγόνο. Με βάση τα εν λόγω δεδομένα, τα μέχρι τώρα νοσοκομεία έχουν επιλέξει την επάνοδο στην νόμιμη, αποτελεσματική, απρόσκοπτη και οικονομικότερη λύση της προμήθειάς τους με έτοιμο ιατρικό (φαρμακευτικό) οξυγόνο. Αν ήταν πράγματι τόσο ορθή –νόμιμη, αποτελεσματική και οικονομική - η αρχική επιλογή τους για προμήθεια με μονάδες παραγωγής οξυγόνου, για ποιο λόγο να επιλέξουν την επάνοδο στο έτοιμο ιατρικό (φαρμακευτικό) οξυγόνο; - Ότι η

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

προμήθεια των εν λόγω μονάδων (πέραν της συντήρησης αυτών και του κόστους λειτουργίας τους, το οποίο είναι επιπρόσθετο και δεν υπολογίζεται στην προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης) είναι πολλαπλάσιο του κόστους προμήθειας του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου. Τούτο το αποδείξαμε αμέσως πιο πάνω με τη σύμβαση που έχουμε συνάψει με το Νοσοκομείο. - Ότι δεν είναι νόμιμη, αλλά αντιθέτως είναι επικίνδυνη, η ανάμιξη στο ίδιο δίκτυο διανομής οξυγόνου του νοσοκομείου δύο προϊόντων με διαφορετική καθαρότητα και προδιαγραφές. 9. Σε περίπτωση δε που η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία προχωρήσει με τις παρούσες μη νόμιμες προδιαγραφές η εταιρία μας: Α) Θα χάσει τη δυνατότητα να προμηθεύει τα εν λόγω νοσοκομεία με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (καθαρότητας 99,5 – 100 %). Τούτο, έχει ιδιαίτερη σημασία καθώς, ήδη πολλά νοσοκομεία της χώρας έχουν προκηρύξει (κάποια έχουν εγκαταστήσει ήδη) μονάδες παραγωγής οξυγόνου, με αποτέλεσμα την οικονομική εξόντωση της εταιρίας μας, αλλά και των υπολοίπων εταιριών που δραστηριοποιούνται στον κλάδο, αλλά και τον κίνδυνο της δημόσιας υγείας για τους εξής λόγους: i) πρώτον διότι η παροχέτευση στους ασθενείς με οξυγόνο το οποίο δεν θα ελέγχεται και δεν θα πιστοποιείται είναι παράνομη και επικίνδυνη και ii) δεύτερον 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) τα Νοσοκομεία να παραμείνουν χωρίς οξυγόνο, το οποίο είναι ζωικής σημασίας για τους ασθενείς. Τούτος ο κίνδυνος δεν είναι πλέον ούτε μελλοντικός ούτε αβέβαιος αλλά και παρών και ενεστώς δεδομένου ότι ήδη τα εξής Νοσοκομεία έχουν προκηρύξει διαγωνισμούς για την προμήθειά τους με μονάδες παραγωγής οξυγόνου (χωρίς καν να παρέχεται έστω η δυνατότητα εναλλακτικής προμήθειας με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο): - Η ... έχει προκηρύξει την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη, με την οποία πρόκειται να εγκατασταθούν μονάδες παραγωγής οξυγόνου στα νοσοκομεία: • ... • Γ.Ν. ... • Γ.Ν. ... • Γ.Ν. ... • Γ.Ν.-..... - Το Γενικό Νοσοκομείο .. (βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη). - Το Γενικό Νοσοκομείο - Το Γενικό Νοσοκομείο ... -

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Το Γενικό Νοσοκομείο - Η ... (αφορά τη ΝΜ ... και τη ΝΜ ...). Από τα ανωτέρω νοσοκομεία προκύπτει ότι πλέον διαφαίνεται μία τακτική αντικατάστασης του υπάρχοντος συστήματος με τις μονάδες παραγωγής οξυγόνου, χωρίς να έχουν συνυπολογιστεί οι ζημίες και τα προβλήματα που προκαλούνται ήδη από την εν λόγω επιλογή ενόψει ιδίως και του COVID-19. Η εταιρία μας δε ήδη έχει υποστεί τεράστια οικονομική ζημία, ενώ ως προαναφέραμε η συγκεκριμένη μη νόμιμη τακτική (που επιβαρύνει το Ελληνικό Δημόσιο με δαπάνες με ευθύνη των σχετικών διοικητών, χωρίς να υφίσταται σχετικός δικαιολογητικός λόγος) οδηγεί ήδη στην οικονομική εξόντωση όλων των εταιριών του κλάδου παραγωγής έτοιμου ιατρικού οξυγόνου. Β) Επιπλέον, η εταιρία μας χάνει τη δυνατότητα να υποβάλει παραδεκτή και νόμιμη προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, σε σχέση με την παροχή υπηρεσιών πλήρους συντήρησης και επισκευής του επίμαχου ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού. Δυνατότητα, την οποία θα είχε σίγουρα, εάν οι προδιαγραφές της Διακήρυξης ήταν νόμιμες. 10. Σε αυτό το σημείο θα πρέπει να τονίσουμε ότι η ιδιότητα του προμηθευτή μονάδων παραγωγής οξυγόνου και του προμηθευτή έτοιμου ιατρικού οξυγόνου δεν συμπίπτουν στο ίδιο πρόσωπο, ενώ τα εν λόγω προϊόντα είναι ανταγωνιστικά μεταξύ τους. Περαιτέρω, οι προμηθευτές μονάδων παραγωγής οξυγόνου δεν διαθέτουν καμία πιστοποίηση (άδεια κυκλοφορίας, άδεια παραγωγής κλπ) για την προμήθεια του ιατρικού οξυγόνου, με αποτέλεσμα αφενός μη νόμιμα να προμηθεύουν τα νοσοκομεία με αυτό και αφετέρου σε περίπτωση που για οποιονδήποτε λόγο παύσει να λειτουργεί η μονάδα παραγωγής οξυγόνου (π.χ. διακοπή ρεύματος, ρύπανση του ατμοσφαιρικού αέρα, μη λειτουργία ενός φίλτρου της μονάδας παραγωγής κλπ κλπ κλπ κλπ) να μην μπορούν να προμηθεύσουν τα νοσοκομεία με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, με αποτέλεσμα τα Νοσοκομεία να παραμένουν «ξεκρέμαστα», χωρίς να μπορεί να τους εγγυηθεί κάποιος ότι θα προμηθευτούν με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο τη στιγμή που χρειάζονται. 11. ... Οι δε όροι της Διακήρυξης στερούν από την εταιρία μας το συγκεκριμένο διαγωνισμό, καθώς παρόλο που αντικείμενο του διαγωνισμού επί της ουσίας είναι το ιατρικό οξυγόνο, δεν παρέχεται η δυνατότητα στους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου (το οποίο αποτελεί φάρμακο) να συμμετάσχουν νομίμως στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Παράλληλα, για τους υποψήφιους προμηθευτές μονάδων παραγωγής οξυγόνου δεν απαιτείται από

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

τη Διακήρυξη να προσκομιστούν οι ίδιες πιστοποιήσεις (π.χ. άδεια κυκλοφορίας, άδεια παραγωγής κλπ), όπως κανονικά απαιτείται για την προμήθεια του ιατρικού οξυγόνου, με αποτέλεσμα οι εν λόγω υποψήφιοι προμηθευτές να βρίσκονται σε ευνοϊκότερη θέση, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού έναντι των προμηθευτών έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, όπως η εταιρία μας. ... 12. Προς ενίσχυση της θέσης μας, επισημαίνουμε και τα εξής: - Έχει ήδη κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά και από τα ελληνικά δικαστήρια, ότι έννομο συμφέρον προς άσκηση αίτησης αναστολής έχει και ο ενδιαφερόμενος σε έναν διαγωνισμό προς ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σχετικά την απόφαση του ΔΕΕ της 11ης Μαΐου 2017, C-131/16 – σκέψη 49 - καθώς και την υπ' αριθμ. 374/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών – σκέψη 18 - τις οποίες προσκομίζουμε και επικαλούμαστε... Εν προκειμένω σαφές έννομο συμφέρον έχει και η εταιρία μας ακόμη και προς ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι εφόσον ματαιωθεί η συγκεκριμένη διαδικασία ή τροποποιηθεί και συμπεριληφθεί σε αυτήν η δυνατότητα παροχής έτοιμου ιατρικού οξυγόνου αντί των μονάδων παραγωγής οξυγόνου, τότε προφανές είναι ότι η εταιρία μας θα μπορεί νομίμως να συμμετάσχει στο συγκεκριμένο διαγωνισμό. Διαφορετικά, η εταιρία μας χάνει δια παντός τη δυνατότητα να προμηθεύει με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (το οποίο αποτελεί φάρμακο) τα συγκεκριμένα νοσοκομεία που αφορά η Διακήρυξη, ενώ παγιώνεται και η κατάσταση που έχει διαμορφωθεί μέχρι τώρα να αντικαθίσταται το υπάρχον νόμιμο και οικονομικά συμφερότερο σύστημα, με αποτέλεσμα την οικονομική ζημία της εταιρία μας. Είναι δε εύλογη η απορία, δεδομένου ότι και το κριτήριο επιλογής είναι η βέλτιστη σχέση ποιότητας τιμής, γιατί το Νοσοκομείο να μην επιλέξει εναλλακτικά οι προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου να παρέχουν στο νοσοκομείο έτοιμο ιατρικό οξυγόνο και το Νοσοκομείο να επιλέξει την πραγματικά οικονομικότερη επιλογή; - Έχει ήδη κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης πως στο πλαίσιο των οδηγιών 89/665 και 2014/24 (οι οποίες έχουν ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο με το ν. 4412/2016) δύναται να ασκήσει προσφυγή οικονομικός φορέας ο οποίος θα είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση με αντικείμενο όμοιο εκείνου των εν λόγω συμβάσεων και ο οποίος φρονεί ότι οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας (βλ.

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

σχετικά την υπ' αριθμ. C260/17 απόφαση του ΔΕΕ της 2...ς Οκτωβρίου 2018, σκέψη 41 – προσκομιζόμενη και επικαλούμενη... Οι κάτωθι αναφερόμενες παρανομίες της Διακήρυξης στερούν από την εταιρία μας να συμμετάσχει νομίμως στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο διότι: - Εάν στη Διακήρυξη αναφερόταν είτε ότι το Νοσοκομείο οφείλει να διαθέτει άδεια παραγωγής και άδεια κυκλοφορίας, είτε ότι τις εν λόγω άδειες όφειλαν να τις διαθέτουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι της επίδικης διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σχετικά τον 1ο λόγο της προσφυγής μας) είναι βέβαιο ότι η επίδικη διαγωνιστική διαδικασία θα ματαιωνόταν, καθόσον ούτε το Νοσοκομείο αλλά ούτε και οι προμηθευτές γεννητριών παραγωγής οξυγόνου διαθέτουν άδεια παραγωγής και άδεια κυκλοφορίας οξυγόνου, όπως αντίθετα διαθέτει η εταιρία μας. Αποτέλεσμα θα ήταν η προκήρυξη διαγωνισμού έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, στον οποίο η εταιρία μας νομίμως θα μπορούσε να συμμετάσχει, καθώς κανένα νοσοκομείο και καμία εταιρία που προμηθεύει γεννήτριες παραγωγής οξυγόνου δεν διαθέτουν τις εν λόγω αδειοδοτήσεις, οι οποίες απαιτούν πολύ χρόνο (έτη) και μεγάλο κόστος για να εκδοθούν και στις οποίες αντιθέτως «έχει επενδύσει» η εταιρία μας τηρώντας τη νομιμότητα. Σε κάθε περίπτωση, αν με την παρούσα Διακήρυξη ζητούνταν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, η εταιρία μας ακόμη και αν δεν συμμετείχε στον παρόντα διαγωνισμό, θα μπορούσε να προμηθεύσει το Νοσοκομείο (εφόσον τηρούνταν η νομιμότητα) με την εφεδρική πηγή οξυγόνου. Εάν στη Διακήρυξη αναφερόταν ότι το Νοσοκομείο οφείλει να διαθέτει δύο ξεχωριστά συστήματα διανομής ιατρικού οξυγόνου (φαρμάκου) στους ασθενείς (όπως αναλύουμε στο 2ο λόγο της προσφυγής μας), ένα για τη διανομή του ιατρικού οξυγόνου στους ασθενείς καθαρότητας 90 – 96 % που θα παράγεται από τη γεννήτρια παραγωγής οξυγόνου και ένα για τη διανομή στους ασθενείς του «έτοιμου» ιατρικού οξυγόνου καθαρότητας 99 – 100 %, τότε είναι βέβαιο ότι τα συγκεκριμένα Νοσοκομεία δεν θα μπορούσαν να προκηρύξουν τη συγκεκριμένη προμήθεια (για γεννήτριες οξυγόνου), δεδομένου ότι όπως αναφέρεται και στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, το δίκτυο διανομής οξυγόνου των νοσοκομείων της Αναθέτουσας Αρχής στα δωμάτια των ασθενών είναι ένα. Σε κάθε περίπτωση, η Εταιρία μας θα μπορούσε να προμηθεύσει το Νοσοκομείο (εφόσον τηρούνταν η νομιμότητα) με την εφεδρική πηγή οξυγόνου. –Εάν στη Διακήρυξη παρεχόταν η δυνατότητα προμήθειας του

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Νοσοκομείου είτε με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο είτε με ιατρικό οξυγόνο παραγόμενο από γεννήτρια, σαφέστατα και η εταιρία μας θα μπορούσε να είχε συμμετάσχει νομίμως στον επίδικο διαγωνισμό. - Εάν το Νοσοκομείο δεν είχε συντάξει την προθεσμία υποβολής καταληκτικών προσφορών θα μπορούσαμε να είχαμε συμμετάσχει στη διαδικασία για το κομμάτι της συντήρησης. - Εάν η συντήρηση του επίμαχου εξοπλισμού δεν ανατίθετο παράλληλα με την προμήθεια της μονάδας παραγωγής οξυγόνου για την επόμενη 10ετία, θα μπορούσαμε να συμμετάσχουμε στο διαγωνισμό για τη συντήρηση του εξοπλισμού. Και ναι μεν, η αναθέτουσα έχει δικαίωμα να προσδιορίσει το αντικείμενο και τις τεχνικές προδιαγραφές της εκάστοτε διαγωνιστικής διαδικασίας, ωστόσο αυτά θα πρέπει να προσδιορίζονται με βάση τις ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις. Εάν κριθεί ότι οι όροι της Διακήρυξης που αναφέρουμε παραβιάζουν τη νομοθεσία (που πράγματι την παραβιάζουν) θα πρέπει οι όροι της Διακήρυξης να αναπροσαρμοστούν σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις. Εφόσον, τελικώς το Νοσοκομείο θέλει να προμηθευτεί ιατρικό οξυγόνο, το οποίο είναι φάρμακο, θα πρέπει είτε το θέλει είτε όχι να τηρήσει τη νομοθεσία περί φαρμάκων. Το να επιλέξει αντί της ουσίας να ζητήσει το μηχάνημα που παράγει την ουσία, δεν μεταβάλλει το γεγονός ότι και πάλι το Νοσοκομείο θα πρέπει να τηρήσει τις διατάξεις για τη φαρμακευτική νομοθεσία. Αν το νοσοκομείο προκηρύξει όρους που δεν συνάδουν με τις ορθές προδιαγραφές της νομοθεσίας περί φαρμάκων και περί δημοσίων συμβάσεων (όπως υποστηρίζουμε με την προσφυγή μας), οι εν λόγω όροι είναι παράνομοι, όχι γιατί η εταιρία μας θέλει να προδιαγράψει αντί του νοσοκομείου τις τεχνικές προδιαγραφές, αλλά γιατί το Νοσοκομείο οφείλει να τηρεί τις τεχνικές προδιαγραφές που ορίζει ο νόμος. - Τέλος, η ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι επί της ουσίας ασκεί το διοικητικό (και όχι δικαστικό έλεγχο) τον οποίο πριν την ψήφιση του ν. 4412/2016 ασκούσαν οι αναθέτουσες διοικητικές αρχές, δεν μπορεί νομίμως να κρίνει το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος με «στενούς όρους», δεδομένου ότι ασκεί ενδικοφανή έλεγχο και όχι δικαστικό και ως εκ τούτου θα πρέπει με αυτόν τον έλεγχο να διασφαλίζεται η ουσιαστική νομιμότητα της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας. Για να γίνει τούτος ο ισχυρισμός μας περισσότερο αντιληπτός αναφέρουμε ότι υπό το προΐσχύσαν καθεστώς, εάν η αναθέτουσα αρχή είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν άσκησης προσφυγής ή ένστασης εκ μέρους κάποιου ενδιαφερομένου (ακόμη και τρίτου)

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

όφειλε, εφόσον διαπίστωνε ότι μία πράξη της είναι παράνομη, να την ανακαλέσει ή να την τροποποιήσει, δεδομένου ότι οι διοικητικές πράξεις πρέπει είναι νόμιμες (αρχή της νομιμότητας). Ως εκ τούτου, σε καμία περίπτωση δεν θα απέρριπτε την προσφυγή (ή ένσταση) ενός υποψήφιου προμηθευτή επικαλούμενη έλλειψη εννόμου συμφέροντος αυτού, χωρίς να εξετάσει την ουσιαστική βασιμότητα των ισχυρισμών του. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να καθίσταται δυσχερέστερη η θέση του σημερινού υποψηφίου προμηθευτή ενός διαγωνισμού, λόγω του γεγονότος ότι απλώς τροποποιήθηκε η αρχή που εξετάζει τις ενδικοφανείς προσφυγές, χωρίς να έχει αλλάξει τίποτα άλλο επί της ουσίας σε σχέση με τους λόγους που μπορεί να επικαλεστεί κάποιος με την προσφυγή του. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει σαφώς έννομο συμφέρον της εταιρίας μας προς άσκηση της ένδικης προσφυγής παρά τις αντίθετες προηγούμενες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, ενόψει και του ότι με την παρούσα Διακήρυξη διαφοροποιείται και το αντικείμενο του Διαγωνισμού και κάποιοι όροι αυτού, με αποτέλεσμα να προβάλουμε και επιπλέον λόγους προσβολής της Διακήρυξης με την παρούσα. Το έννομο συμφέρον μας θα πρέπει να κριθεί και να αιτιολογηθεί ξεχωριστά για κάθε έναν από τους λόγους που προβάλλουμε με την παρούσα και όχι συλλήβδην, προς τούτο ξεχωριστά και σε κάθε λόγο της παρούσας θα αναφερθούμε συνοπτικά σε αυτό. ... Γ. Λόγοι προσφυγής 1. Μη νόμιμη η πρόβλεψη περί δυνατότητας υποβολής προσβολής προσφοράς για μονάδα 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 τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου δεν διαθέτει άδεια κυκλοφορίας ούτε άδεια παραγωγής (άρθρο 57 παρ. 1 & 2 της προαναφερόμενης ΥΑ), δεδομένου ότι τις εν λόγω άδειες δεν διαθέτει ούτε το Νοσοκομείο ούτε οι υποψήφιοι προμηθευτές των εν λόγω μονάδων. Άλλως μη νόμιμη η μη συμπερίληψη στη Διακήρυξη σχετικής διάταξης περί υποχρεωτικής κατοχής από το Νοσοκομείο ή 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) και διαφοροποίησης των δικαιολογητικών που θα πρέπει να προσκομίσουν οι προμηθευτές συγκροτημάτων παραγωγής οξυγόνου έναντι των προμηθευτών του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου (παραβίαση της αρχής της ισότητας και της

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε δημόσιο διαγωνισμό). 1.1. Ο παρών λόγος της προσφυγής μας θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι προβάλλεται με έννομο συμφέρον (όπως και όλοι οι λόγοι αυτής) όχι μόνο για τους λόγους που ειδικότερα έχουμε αναλύσει στην αρχή της παρούσας προδικαστικής προσφυγής, αλλά επιπροσθέτως και για λόγους ισότητας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στους δημόσιους διαγωνισμούς (σύμφωνα με το άρθρο 4 του Συντάγματος και το άρθρο 18 του ν. 4412/2016). Σε κάθε περίπτωση, εφόσον κριθεί ότι είτε οι προμηθευτές της μονάδας παραγωγής οξυγόνου είτε το Νοσοκομείο οφείλουν να διαθέτουν άδεια παραγωγής και άδεια κυκλοφορίας (όπως πράγματι οφείλουν) ο Διαγωνισμός αφενός θα ματαιωθεί, δεδομένου ότι μέχρι τώρα ούτε το Νοσοκομείο ούτε οι προμηθευτές μονάδων παραγωγής οξυγόνου διαθέτουν τα εν λόγω νομιμοποιητικά, με αποτέλεσμα την επάνοδο στο υπάρχον σύστημα (μέχρι την έκδοση των απαιτούμενων δικαιολογητικών) και αφετέρου εφόσον κάποιος ενδιαφερόμενος διαθέτει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά, η εταιρία μας θα μπορεί να προμηθεύσει τυχόν το Νοσοκομείο με την εφεδρική πηγή οξυγόνου ή να παράσχει την υπηρεσία συντήρησης του εν λόγω ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, ο οποίος θα διαθέτει με αυτόν τον τρόπο τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις. Τούτο, διότι οι μονάδες παραγωγής οξυγόνου παράγουν ιατρικό οξυγόνο, το οποίο αφενός αποτελεί ανταγωνιστικό προϊόν με το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, το οποίο μέχρι τώρα προμηθεύονταν τα νοσοκομεία. Οι προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου απαιτείται για τη νόμιμη προμήθεια των νοσοκομείων με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας και άδεια παραγωγής (όπως θα αναπτύξουμε και πιο κάτω) – απαίτηση η οποία περιλαμβάνεται στις σχετικές Διακηρύξεις για την προμήθεια έτοιμου ιατρικού οξυγόνου και δη υποχρεωτικώς επί ποινή απόρριψης της προσφοράς των συμμετεχόντων [βλ. εντελώς ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 120/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, την υπ' αριθμ. 1/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., την υπ' αριθμ. 160/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (εκδοθείσα κατά την ακυρωτική διαδικασία – σύστοιχη είναι και η εκδοθείσα υπ' αριθμ. 126/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης εκδοθείσα στο πλαίσιο αίτησης αναστολής), καθώς και την υπ' αριθμ. 126/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων (ομοίως εκδοθείσα κατά την ακυρωτική διαδικασία) – Σχετικά Δ4 – Δ8]. Επισημαίνουμε ότι μετά τις εν λόγω αποφάσεις

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

δεν έχει εκδοθεί καμία μεταγενέστερη αντίθετη απόφαση επί του συγκεκριμένου ζητήματος ούτε από την ΑΕΠΠ ούτε από τα Διοικητικά Δικαστήρια της χώρας μας. Ως εκ τούτου, η μη απαίτηση από τη Διακήρυξη είτε για το Νοσοκομείο είτε για τους προμηθευτές των μονάδων παραγωγής οξυγόνου – όπως απαιτείται για τους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου - να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας και άδεια παραγωγής από τον ΕΟΦ (για την παραγωγή και προμήθεια ενός ίδιου επί της ουσίας προϊόντος) αντίκειται αφενός στη σχετική νομοθεσία περί φαρμάκων και αφετέρου στην αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς, αλλά και στην αρχή της ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού (αρ. 4 του Συντάγματος και 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016).....

Τούτο ότι τα ίδια δικαιολογητικά άδεια κυκλοφορίας, άδεια παραγωγής κλπ οφείλουν εκτός από τους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου να διαθέτουν και οι προμηθευτές μονάδων παραγωγής οξυγόνου έχει γίνει δεκτό τόσο από άλλα Νοσοκομεία (βλ. την υπ' αριθμ. Ν1/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης – Σχετικό Ε1- η οποία κάνει δεκτά επί λέξει τα εξής (σκ. 7) : «Επειδή από τις προαναφερόμενες παραγράφους της Διακήρυξης (...) προκύπτει ότι όλοι οι συμμετέχοντες σε αυτόν, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του, πρέπει να διαθέτουν τις αναφερόμενες από τις ανωτέρω παραγράφους πιστοποιήσεις μεταξύ των οποίων είναι (...) και οι σχετικές άδειες κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, οι οποίες αφορούν τόσο τους προσφέροντες έτοιμο οξυγόνο σε δεξαμενή όσο και τους προσφέροντες μηχανήματα επί τόπου παραγωγής οξυγόνου, καθ' όσον πρόκειται περί ιατρικών αερίων και η ποιότητα αυτών πρέπει να είναι απολύτως εξασφαλισμένη».... 1.2.3. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι το προαναφερόμενο ιατρικό αέριο εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου και συνεπώς δεν επιτρέπεται η διακίνησή του (επομένως και η προμήθεια δημόσιου νοσοκομείου με αυτά) εάν ο προμηθευτής ή το Νοσοκομείο (αν κάνει κανείς δεκτό ότι το Νοσοκομείο θα έχει την ευθύνη παραγωγής του εν λόγω προϊόντος) δεν διαθέτει τις προαναφερθείσες εγκρίσεις κυκλοφορίας που χορηγούνται από τον ΕΟΦ (ουσιώδης τεχνική προδιαγραφή). Δηλαδή, η κατοχή έγκρισης κυκλοφορίας χορηγηθείσας από τον ΕΟΦ για τη νόμιμη διακίνηση του ανωτέρω αερίου αποτελεί ελάχιστη τεχνική προϋπόθεση που πρέπει να διαθέτουν οι προμηθευτές των ιατρικών

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

αερίων (και συνεπώς και οι προμηθευτές των μονάδων παραγωγής οξυγόνου, δεδομένου ότι τα εν λόγω μηχανήματα θα παράγουν ένα φάρμακο) και ως εκ τούτου θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται μεταξύ των ελάχιστων όρων της Διακήρυξης. Διαφορετικά, το Νοσοκομείο που δεν διαθέτει και δεν θα απαιτήσει το εν λόγω δικαιολογητικό με τη διακήρυξη του διαγωνισμού, θα συνάψει μη νόμιμη σύμβαση, εφόσον ούτε το ίδιο ούτε ο ανάδοχος της προμήθειας διαθέτει τις ως άνω άδειες κυκλοφορίας και παραγωγής, με εντεύθεν ποινική, αστική και διοικητική ευθύνη όλων των εμπλεκόμενων μερών (βλ. ενδεικτικά άρ. 175 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 - ΦΕΚ Β' /1049/29-4-2013). Τούτος ο κίνδυνος δε, είναι υπαρκτός δεδομένου ότι ούτε το Νοσοκομείο ούτε οι προμηθευτές τέτοιου είδους μονάδων δεν διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας ούτε παραγωγής του ΕΟΦ, σε αντίθεση με τους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, που όπως η εταιρία μας διαθέτουν τις εν λόγω άδειες Να σημειωθεί ότι η προαναφερόμενη ΥΑ περί φαρμάκων έχει εκδοθεί σε εναρμόνιση με την ευρωπαϊκή οδηγία 2001/83/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 6ης Νοεμβρίου 2001 (περί κοινοτικού κώδικος για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση), τα άρθρο 6 της οποίας: «Κανένα φάρμακο δεν μπορεί να διατεθεί στην αγορά σε κράτος μέλος αν δεν έχει εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας από τις αρμόδιες αρχές του κράτους μέλους αυτού σύμφωνα με την παρούσα οδηγία ή αν δεν έχει χορηγηθεί άδεια σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 726/2004». Σύμφωνα δε με τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ τα φάρμακα για να μπορέσουν να τεθούν στο εμπόριο εντός της Κοινότητας πρέπει προηγουμένως να έχουν λάβει άδεια κυκλοφορίας σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπει η ίδια οδηγία (βλ. ενδεικτικά υπόθεση C-84/06, σκέψη 35). Δεδομένου ότι η προαναφερόμενη ΥΑ περί φαρμάκων εναρμονίζει πλήρως την ελληνική νομοθεσία με την προαναφερόμενη ευρωπαϊκή οδηγία (όπως αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει) τυχόν αντίθετη εθνική διάταξη αντιτίθεται στο υπέρτερης νομοθετικής ισχύς ενωσιακό δίκαιο. Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν διαθέτει άδεια κυκλοφορίας ούτε άδεια παραγωγής, το συγκεκριμένο προϊόν / φάρμακο απαγορεύεται να διατεθεί / χορηγηθεί, ιδίως δε από τη στιγμή που διατίθεται ίδιο φάρμακο, με την ίδια δραστική ουσία, στην ίδια μορφή, για τον ίδιο σκοπό και καλύτερης ποιότητας (έτοιμο ιατρικό οξυγόνο 99,5 – 100%) το οποίο διαθέτει Άδεια Κυκλοφορίας, Άδεια Παραγωγής και όλες τις απαιτούμενες

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

άδειες και είναι εγκεκριμένο από τον ΕΟΦ.... 1.2.6. Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι από τα ανωτέρω προκύπτει ότι για τη διακίνηση / χορήγηση στους ασθενείς του οξυγόνου που παράγεται από τη γεννήτρια / μονάδα παραγωγής οξυγόνου απαιτείται ο πάροχός της να διαθέτει Άδεια Κυκλοφορίας και Άδεια παραγωγής, την οποία, ωστόσο, δεν διαθέτουν οι προμηθευτές των εν λόγω μηχανημάτων (δεν θα μπορούσαν άλλωστε να την διαθέτουν και λόγω της ιδιότητάς τους) ούτε όμως και το Νοσοκομείο, παρανόμως προβλέπεται από τη Διακήρυξη να διατεθεί το εν λόγω φάρμακο στους ασθενείς χωρίς άδεια κυκλοφορίας και χωρίς άδεια παραγωγής, σε αντίθεση με τα άρθρα 2, 7 παρ. 1 και 57 παρ. 1 & 2 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β' /1049/29-4-2013).

1.3. Άλλως και όλως επικουρικώς, στη Διακήρυξη θα έπρεπε να αναφέρεται είτε ότι το Νοσοκομείο ήδη διαθέτει είτε ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να προσκομίσουν τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά (άδεια κυκλοφορίας και άδεια παραγωγής), με αποτέλεσμα η έλλειψη αυτής της αναφοράς να καθιστά μη νόμιμους τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης (ιδίως δε των όρων που αναφέρουν τις πιστοποιήσεις που θα πρέπει να διαθέτουν οι υποψήφιοι προμηθευτές), λόγω παραβίασης της αρχής της ισότητας μεταξύ των υποψήφιων προμηθευτών δύο ανταγωνιστικών προϊόντων, καθώς ως ισχυριστήκαμε και αποδείξαμε και πιο πάνω η εν λόγω απαίτηση υφίσταται σε κάθε διακήρυξη προμήθειας έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, ήτοι ενός προϊόντος απολύτως όμοιου και άμεσα ανταγωνιστικού με το υπό προμήθεια προϊόν... 2.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν δεν γίνει δεκτός ο 1ος λόγος της προσφυγής μας (εκδοχή την οποία ρητώς αποκρούουμε) μη νόμιμοι οι όροι της Διακήρυξης περί δυνατότητας προμήθειας συγκροτήματος παραγωγής οξυγόνου αντί της προμήθειας υγρού οξυγόνου σε δεξαμενή, λόγω παραβίασης των διατάξεων περί προστασία της δημόσιας υγείας (άρθρο 21 Σ.), ιδίως ενόψει του COVID-19, αλλά και βάσει των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας σχετικά με τους σκοπούς των Υγειονομικών Περιφερειών σε συνδυασμό με τις διατάξεις περί διακίνησης φαρμάκων (ως αναφέρονται στον 1ο λόγο προσφυγής) και σε συνδυασμό με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς και τις διατάξεις του ν. 4412/2016. Πρώτα απ' όλα, τονίζουμε ότι ενόψει της πανδημίας του COVID-19, η μονάδα παραγωγής οξυγόνου δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε πάσχοντες με COVID-19 λόγω της ανάγκης των εν λόγω ασθενών σε οξυγόνο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

υψηλής περιεκτικότητας, ήτοι σε οξυγόνο 99 – 100% και όχι 90 – 96 % που παράγεται από τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου. Ως εκ τούτου, ενόψει της κατάστασης έκτακτης ανάγκης που επικρατεί στη χώρα μας δεν μπορεί να προκηρύσσεται σχετικός διαγωνισμός με το εν λόγω αντικείμενο. Περαιτέρω, για τους λόγους που επικαλούμαστε πιο πάνω (στον 1ο λόγο της προσφυγής μας) και κυρίως λόγω του ότι με τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου παράγεται ένα φάρμακο, το οποίο δεν ελέγχεται και δεν πιστοποιείται από καμία αρμόδια αρχή, σε διάφορες ευρωπαϊκές χώρες έχουν ήδη εκδοθεί σχετικές αποφάσεις και εγκύκλιοι από το εκάστοτε αρμόδιο Υπουργείο Υγείας είτε περί πλήρους απαγόρευσης χρήσης των εν λόγω μονάδων είτε περί κατ' εξαίρεσης χρήσης τους (προφανώς κατ' εξαίρεση χρήση δεν αποτελεί η προμήθεια νοσοκομείων με αυτό) υπό ορισμένες αυστηρές προϋποθέσεις, τις οποίες αναφέρουμε πιο κάτω και αφού προηγουμένως έχει πραγματοποιηθεί σχετικός έλεγχος περί της σκοπιμότητας και της νομιμότητας της συγκεκριμένης εγκατάστασης, η οποία εν προκειμένω ουδόλως έχει διενεργηθεί. ΣΤΗ ΧΩΡΑ ΜΑΣ ΠΑΡΑ ΤΟ ΟΤΙ ΑΠΟΤΕΛΕΙ ΧΩΡΑ ΤΗΣ ΕΕ ΟΠΟΥ ΙΣΧΥΕΙ ΚΟΙΝΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΚΑΜΙΑ ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΠΡΟΒΛΕΨΗ ΚΑΙ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΗ ΓΙΑ ΤΟΝ ΤΡΟΠΟ ΚΑΙ ΤΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΩΝ ΕΝ ΛΟΓΩ ΜΟΝΑΔΩΝ. ΤΟΥΤΟ ΣΑΦΕΣΤΑΤΑ ΑΝΤΙΣΤΡΑΤΕΥΕΤΑΙ ΤΗΝ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ, ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΙΝΑΙ ΕΝ ΠΡΟΚΕΙΜΕΝΩ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΤΕΟ ΚΑΙ ΣΗΜΕΡΑ ΕΠΙΚΑΙΡΟ ΠΑΡΑ ΠΟΤΕ ΑΛΛΟΤΕ. Ειδικότερα: 2.1. Το Υπουργείο Υγείας της Πορτογαλίας έχει ήδη εκδώσει σχετική ερμηνευτική εγκύκλιο, με αριθμό 068/CD/8.1.6/21-3-2014, σύμφωνα με την οποία η χρήση οξυγόνου 93 % (που παράγεται βάσει της επίμαχης μονογραφίας της φαρμακοποιίας 04/2011:2455) δεν είναι εναλλακτική της χρήσης οξυγόνου 99,5% και πρέπει να χρησιμοποιείται μόνο κατ' εξαίρεση όταν η χρήση του οξυγόνου 99,5% δεν είναι δυνατή (βλ. την Σχετική Εγκύκλιο με συνημμένη μετάφραση αυτής – Σχετικό 2). Αντίστοιχες είναι και οι διαπιστώσεις του από 17/8/2012 επίσημου εγγράφου Ομοσπονδιακού Ινστιτούτου Φαρμακευτικών και Ιατρικών Προϊόντων της Γερμανίας που τελεί υπό την εποπτεία του Ομοσπονδιακού Υπουργείου Υγείας της Γερμανίας (το οποίο παραπέμπει στο από 6/12/2011 έγγραφο της Γερμανικής Εταιρίας Αναισθησιολογίας και Εντατικής Ιατρικής) – Σχετικό 3 – σύμφωνα με το οποίο η χρήση οξυγόνου 93 αποτελεί εναλλακτική λύση έναντι

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

του οξυγόνου 100 μόνο στις περιπτώσεις όπου το υγρό ιατρικό οξυγόνο δεν μπορεί να παραχθεί ή μπορεί να παραχθεί πολύ δύσκολα. Μάλιστα, αναφέρεται ότι η χρήση οξυγόνου 93 έναντι της χρήσης ιατρικού οξυγόνου 100 (εκτός των περιπτώσεων εκτάκτων αναγκών: φυσικών καταστροφών, για στρατιωτικούς σκοπούς) είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις ακόλουθες σωρευτικές προϋποθέσεις: α) εφόσον αφορά μικρή λειτουργική μονάδα (π.χ. σπίτι), β) εφόσον δεν απαιτείται η χρήση ιατρικού οξυγόνου υψηλής απόδοσης (περιεκτικότητας), γ) και εφόσον οι επιπτώσεις συγκεντρώσεως Αργού ελέγχονται επαρκώς. Τέλος, σε άλλες χώρες, όπως η ... έχουν εκδοθεί κατευθυντήριες αρχές / οδηγίες υπό τις οποίες και μόνο είναι επιτρεπτή η χρήση οξυγόνου 93 % (βλ. σχετικά τις Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή των κανόνων καλής παρασκευής οξυγόνου 93 τοις εκατό στο νοσοκομειακό φαρμακείο, που εξέδωσε η Ιταλική Εταιρία Νοσοκομειακών Φαρμακείων και Φαρμακευτικών Υπηρεσιών των Επιχειρήσεων Υγείας (Società Italiana di Farmacia Ospedaliera e dei Servizi Farmaceutici delle Aziende Sanitarie - SIFA, με συνημμένη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα – Σχετικό 4). Μεταξύ δε των προϋποθέσεων που τίθενται στο εν λόγω έγγραφο συμπεριλαμβάνεται και ο προηγούμενος έλεγχος νομιμότητας και σκοπιμότητας της εγκατάστασης, αλλά και ο έλεγχος των διατάξεων διανομής και των μηχανημάτων μέσω των οποίων το εν λόγω ιατρικό αέριο θα χορηγείται στους ασθενείς για το αν αυτά είναι συμβατά να λειτουργούν ιατρικό οξυγόνο καθαρότητας 90 – 96 % (και όχι 99,5 %). Σε καμία από τις ανωτέρω χώρες δεν επιτρέπεται η άνευ όρων και άνευ προηγούμενης εξέτασης σκοπιμότητας και ειδικής αιτιολόγησης περί της κατ' εξαίρεση χρήσης των εν λόγω μονάδων, με εξαίρεση τη χώρα μας!!! Δεδομένου ότι οι σχετική νομοθεσία για την παραγωγή οξυγόνου 93 %, καθώς και για την πώληση και διανομή φαρμάκων, αποτελούν μέρος της ευρωπαϊκής νομοθεσίας (ευρωπαϊκή φαρμακοποιία, Ευρωπαϊκές Οδηγίες προς τις οποίες έχει εναρμονιστεί το ελληνικό δίκαιο κλπ), οι ανωτέρω αρχές που έχουν ήδη θεσπιστεί από επίσημους ευρωπαϊκούς οργανισμούς που είτε απαγορεύουν τελείως την εγκατάσταση σε δημόσια νοσοκομεία μονάδων παραγωγής οξυγόνου 93 % είτε το επιτρέπουν εφόσον προηγουμένως έχουν εξεταστεί και τηρούνται αυστηρότατες προϋποθέσεις, θα πρέπει αυτές να εφαρμόζονται και από τα ελληνικά νοσοκομεία και δημόσιους φορείς υγείας εν γένει, το οποίο,

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ωστόσο ουδόλως συνέβη με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση δε 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 %. Πιο αναλυτικά: 2.2. Το ιατρικό οξυγόνο συνιστά φάρμακο, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 2 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013, η οποία ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο την Οδηγία 2001/83/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 6η Νοεμβρίου 2001 περί κοινοτικού κώδικος για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση (όπως ήδη έχουμε αναφέρει με τον 1ο λόγο της παρούσας προσφυγής μας). Εντούτοις, το ιατρικό οξυγόνο που θα παράγεται μέσω της μονάδας παραγωγής οξυγόνου, παρότι αποτελεί ίδιο προϊόν, όπως προκύπτει από τη Διακήρυξη, δεν θα ελέγχεται από κανένα δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα και δεν θα έχει καμία πιστοποίηση (σε αντίθεση με το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, το οποίο παρέχεται μέχρι τώρα στα Νοσοκομεία - καθαρότητας κατ' ελάχιστο 99,5 %, το οποίο υφίσταται τους αυστηρότατους ελέγχους του ΕΟΦ, σύμφωνα με τα όσα προβλέπονται στην ΥΑ ΔΥΓ3α/ΓΠ 32221/2013 – ΦΕΚ Β΄ 1049/29.4.2013). Η σύνθεσή του θα εξαρτάται απολύτως από τον τρόπο λειτουργίας ενός μηχανήματος, αλλά και από άλλους αστάθμητους παράγοντες, όπως η ποιότητα του απορροφώμενου αέρα (βλ. χαρακτηριστικό παράδειγμα που αναφέρεται στη σελίδες 11 και 15 της μετάφρασης του Σχετικού 4) . Τούτο σαφέστατα και ενέχει κινδύνους για την υγεία των ασθενών, κατ' αντίθεση με την κανονιστική επιταγή του άρθρου 21 παρ. 3 του Σ. (βλ. σχετικά σελίδα 15 του Σχετικού 6, σύμφωνα με το οποίο πιθανή μόλυνση του εισαγόμενου αέρα στην είσοδο (...) μπορεί να προκαλέσει πυρκαγιά στο συμπιεστή, στο booster Οξυγόνου 93 %, το συμπιεστή υψηλής πίεσης ή σε κάθε περίπτωση να θέσει σε κίνδυνο την καθαρότητα του Οξυγόνου που διανέμεται στους ασθενείς). Παράλληλα, η ευθύνη (ποινική, διοικητική και αστική) για την ορθή παραγωγή του συγκεκριμένου προϊόντος

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

(οξυγόνου 93) μετατίθεται αποκλειστικά στο Νοσοκομείο, σε αντίθεση με το ιατρικό οξυγόνο, όπου την ευθύνη για την ποιότητά του έχει μόνο ο προμηθευτής του (βλ. σχετικά με τα προβλήματα και τις ανησυχίες από τη λειτουργία των μονάδων παραγωγής οξυγόνου το από Νοέμβριο του 2011 έγγραφο του EIGA – της Ευρωπαϊκής Ένωσης Βιομη... Αερίων – Σχετικό 5). - Βλ. ενδεικτικά σελίδα 19 και 23, άρθρα 6 και 12.2 αντίστοιχα της μετάφρασης του Σχετικού 4, σύμφωνα με το οποίο Ο Υπεύθυνος Φαρμακοποιός (ενν. του Νοσοκομείου) πρέπει να εκτελεί τους ελέγχους που προβλέπονται από τη σχετική μονογραφία της Φαρμακοποιίας αριθ. 2455 στο τελικό προϊόν. Οι εν λόγω έλεγχοι πρέπει να εκτελούνται από ειδικευμένο προσωπικό με αποδεδειγμένη εκπαίδευση και εργασιακή εμπειρία. (...) 12.2. Λαμβάνοντας υπόψη το είδος ή/και το φόρτο εργασίας, ο Υπεύθυνος Φαρμακοποιός θα μπορεί να κάνει χρήση εξωτερικών επαγγελματικών δομών για τη διεξαγωγή των απαιτούμενων ελέγχων ποιότητας για τις εκτελεσθείσες παρασκευές. Το εξωτερικό εργαστήριο στο οποίο θα αναταθεί η διεξαγωγή της εν λόγω δραστηριότητας θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ένα πιστοποιητικό διαπίστευσης (...)). Κανένας έλεγχος δεν πρόκειται να διενεργείται στην προκειμένη περίπτωση, από το Φαρμακοποιό του Νοσοκομείου, καθώς τούτο δεν προκύπτει από τη Διακήρυξη. Αντιθέτως, αναφέρεται ότι τη σχετική ευθύνη και επίβλεψη θα έχει αποκλειστικά το τεχνικό προσωπικό του προμηθευτή της μονάδας παραγωγής οξυγόνου. 2.3. Για τη νόμιμη προκήρυξη προμήθειας μονάδας παραγωγής οξυγόνου το κάθε Νοσοκομείο, υποχρεούται προηγουμένως να διεξάγει αξιολόγηση των κινδύνων που απορρέουν από την εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων παραγωγής οξυγόνου 93 % (άρθρο 4 κ. επ., σελ. 10 κ. επ. – βλ. ιδίως άρθρο 4.3, σελ. 14 - της μετάφρασης του Σχετικού 4). Η ανάλυση δε του κινδύνου πρέπει να τεκμηριώνει την ορθότητα της ληφθείσας απόφασης για την εγκατάσταση μονάδας παραγωγής οξυγόνου βάσει μίας βιώσιμης και βάσιμης αιτιολογίας, η οποία θα πραγματοποιείται από εξειδικευμένο προσωπικό, βάσει ειδικών κριτηρίων. Ενδεικτικά δε: - Θα πρέπει να συνυπολογίζεται ότι ο τίτλος / καθαρότητα του Οξυγόνου 93 % δεν είναι ούτε σταθερή ούτε συνεχής (με τον ίδιο τρόπο/ποσοστό, τούτο δε δεν αναφέρεται καν στο Παράρτημα II της Διακήρυξης). Αυτή η μεταβλητότητα της καθαρότητας του Οξυγόνου 93 % θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ελέγχεται και να συνυπολογίζεται κατά τη χορήγησή του στους ασθενείς. Δηλαδή, άλλη

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ποσότητα οξυγόνου και σε άλλη ένταση θα πρέπει να χορηγηθεί σε έναν ασθενή όταν η συγκέντρωση του οξυγόνου είναι 93 %, άλλη όταν είναι 96 % κλπ. Τούτο, θα πρέπει να συνυπολογίζεται συνεχώς από το θεράποντα ιατρό του ασθενούς, το οποίο, ωστόσο, γνωρίζουμε ότι είναι πολύ δύσκολο να πραγματοποιηθεί με το υπάρχον προσωπικό των νοσοκομείων. - Το Νοσοκομείο προτού εγκαταστήσει τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου θα πρέπει να έχει εξετάσει ότι οι ιατρικές διατάξεις και μηχανήματα που πρόκειται να συνδεθούν με τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου είναι κατάλληλες για τη χρήση οξυγόνου 93 %. Αυτό θα πρέπει να προβλέπεται και να καθίσταται σαφές από τους Κατασκευαστές των ιατρικών διατάξεων χρήσης στα αντίστοιχα εγχειρίδια. - Θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και να μελετώνται τυχόν επιπτώσεις στους ασθενείς από την ποσοστιαία αύξηση του Αργού που περιέχεται στο Οξυγόνο 93 % μετά από τεκμηριωμένες κλινικές αξιολογήσεις. - Επιπλέον, το δίκτυο διανομής του ιατρικού οξυγόνου που υφίσταται στο Νοσοκομείο και διαμοιράζει το ιατρικό οξυγόνο στους ασθενείς είναι ιατρική διάταξη και γι' αυτό μεταξύ των προϋποθέσεων για την κυκλοφορία της στο εμπόριο θα πρέπει να ορίζεται ο προορισμός χρήσης της, εάν δηλαδή προορίζεται για χρήση με Οξυγόνο 93 % ή με Οξυγόνο 99,5 %. Πρέπει για το λόγο αυτό να επαληθεύεται ποιος είναι ο προορισμός χρήσης του σταθερού συστήματος διανομής που υπάρχει στις μεμονωμένες Νοσοκομειακές μονάδες. Πρέπει να ληφθεί δε υπόψη ότι όλα τα σταθερά συστήματα διανομής του Οξυγόνου που είναι εγκατεστημένα και φέρουν σήμανση πριν τη θέση σε ισχύ της μονογραφίας του Οξυγόνου 93% παρήχθησαν για τη διανομή του Οξυγόνου 99,5 %. Παρά τα ανωτέρω, είναι προφανές ότι κατά τη σύνταξη της προσβαλλόμενης Διακήρυξης δεν αξιολογήθηκε καμία από τις παραπάνω παραμέτρους, γεγονός που καθιστά την προμήθεια της μονάδας παραγωγής οξυγόνου μη νόμιμη, αλλά και επικίνδυνη για τη δημόσια υγεία. 2.4. 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 (φιάλες οξυγόνου, οι οποίες αποτελούν ομοίως αντικείμενο του Διαγωνισμού), θα αναμειγνύεται στο ίδιο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

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 (βλ. σχετικά τα Σχετικά 5 - 7 – σύμφωνα με τα οποία η μίξη οξυγόνου 93 % που είναι ένα μη εγκεκριμένο φάρμακο με οξυγόνο 100 % που είναι ένα εγκεκριμένο φάρμακο είναι παράνομη, δεδομένου ότι από τη μίξη του θα προέλθει ένα φάρμακο ακαθόριστων προδιαγραφών). 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 %. Πώς συνεπώς οι ιατροί θα μπορούν να καθορίζουν την ποσότητα του οξυγόνου που θα πρέπει να χορηγείται στους ασθενείς; Αντιλαμβανόμαστε ότι ενόψει και του γεγονότος ότι το ιατρικό οξυγόνο είναι φάρμακο δεν μπορεί η χορήγησή του να γίνεται κατά προσέγγιση. Το ίδιο ισχύει και για τα μηχανήματα οξυγόνωσης του Νοσοκομείου, τα οποία δεν είναι πιστοποιημένα για να λειτουργούν παράλληλα τόσο με το αέριο που παράγεται από τη γεννήτρια οξυγόνου, δηλαδή καθαρότητας 90 – 96% όσο (αναγκαστικά) και με ιατρικό οξυγόνο από τις εφεδρικές πηγές (φιάλες ή ενδεχομένως από δεξαμενή) που έχει καθαρότητα κατ' ελάχιστο 99,5 % (βλ. πιο πάνω). Ως εκ τούτου, τα Νοσοκομεία θα υποχρεωθούν αφενός να εγκαταστήσουν ένα νέο δίκτυο διανομής για το οξυγόνο που παράγεται από το συγκρότημα παραγωγής, διαφορετικό από το ήδη υφιστάμενο δίκτυο διανομής του ιατρικού οξυγόνου (βλ. σχετικά και το υπ' αριθμ. ISO/TC 121 N 1063 ψήφισμα της επιτροπής του Οργανισμού ISO – Σχετικό 6, καθώς και άρθρο 4.1, σελ. 11 – 12 της μετάφρασης του Σχετικού 4) αφετέρου να αντικαταστήσουν τα μηχανήματα οξυγόνωσης που ήδη διαθέτουν, εφόσον αυτά δεν προβλέπεται να λειτουργούν με το αέριο που παράγεται από τη μονάδα παραγωγής οξυγόνου, διαφορετικά θα τα χρησιμοποιούν παράνομα.... 3. 3ος λόγος προσφυγής: Άλλως και όλως επικουρικώς: Αντίθεση στην αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της επιχειρηματικής ελευθερίας (άρθρα

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

4 και 5 του Συντάγματος), η μη παροχή δυνατότητας στους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό. Η Αναθέτουσα Αρχή θέλει να προμηθευτεί ιατρικό οξυγόνο. Δεδομένου ότι για την προμήθεια του ίδιου προϊόντος υπάρχει η δυνατότητα προμήθειάς του και από προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, δεδομένου ότι κριτήριο κατακύρωσης είναι η σχέση βέλτιστης ποιότητας τιμής, το Νοσοκομείο όφειλε να προκηρύξει ένα διαγωνισμό για την προμήθεια ιατρικού οξυγόνου και να δοθεί η δυνατότητα παροχής αυτού είτε μέσω της μονάδας παραγωγής οξυγόνου είτε μέσω των προμηθευτών έτοιμου ιατρικού οξυγόνου και να κριθεί –βάσει των ίδιων κριτηρίων και δικαιολογητικών – ποια προσφορά είναι η πλέον οικονομικά συμφέρουσα. Ο αποκλεισμός δε της προσφοράς του ίδιου προϊόντος και από τους προμηθευτές έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, όπως η εταιρία μας, συνιστά κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας και της ελεύθερης ανάπτυξης της οικονομικής και επιχειρηματικής μας δραστηριότητας. 4 ος λόγος προσφυγής. Μη νόμιμη η σύντμηση της προθεσμίας υποβολής προσφορών με επίκληση τους κανόνες / νομοθεσία περί της έκτακτης συνθήκης λόγω κορωνοϊού. Με βάση το υπ' αριθμ. 1867/1-4-2020 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (Σχετικό 8), επισημαίνονται τα εξής: Α) Ότι η έκτακτη νομοθεσία που θεσπίστηκε λόγω COVID-19 δεν αφορά τις συμβάσεις άνω των ορίων, όπως εν προκειμένω. Β) Ότι σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει η επίμαχη σύμβαση και συνακόλουθα είτε η επιλογή της σύντμησης προθεσμιών βάσει των διατάξεων που προβλέπει ο ν. 4412/2016 είτε βάσει των διατάξεων που εκδόθηκαν ενόψει του COVID-19 να συνδέονται αιτιωδώς (να τελούν σε σχέση αιτιώδους συνάφειας). Επί της ουσίας δηλαδή, δεν μπορεί να «εκμεταλλεύεται» την κατάσταση της πανδημίας για να συντάμει τις σχετικές νόμιμες προθεσμίες, εφόσον δεν συντρέχει δικαιολογητικός προς τούτο λόγος, ο οποίος να σχετίζεται αιτιωδώς με την πανδημία. Εν προκειμένω, αφενός δεν συντρέχει κανένας δικαιολογητικός λόγος που να οδηγεί σε σύντμηση της προθεσμίας για την υποβολής των προσφορών και δη σε έναν διαγωνισμό άνω των ορίων. Τούτο διότι, το Νοσοκομείο (ενόψει και του ότι δεν αποτελεί νοσοκομείο αναφοράς για περιστατικά COVID-19) αλλά ενόψει και του αριθμού των περιστατικών που υφίστανται στην Ελλάδα δεν έχει αυξημένες ανάγκες ούτε επείγουσες ανάγκες σε ιατρικό οξυγόνο. Αντιθέτως, τις όποιες ανάγκες έχει τις καλύπτει πλήρως και στο 100% η εταιρία μας με την

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

υφιστάμενη σύμβαση προμήθειας ιατρικού οξυγόνου. Τέλος, ενόψει ακριβώς του COVID-19, το Νοσοκομείο (ως αναφέρουμε και με το 2ο λόγο της προσφυγής μας) δεν δικαιούται νομίμως να προβεί στην προκήρυξη προμήθειας μονάδας παραγωγής ιατρικού οξυγόνου, καθώς η εφαρμογή του αντενδείκνυται πλήρως σε ασθενείς που νοσούν από COVID-19. Ενόψει δε της σύντημησης των σχετικών προθεσμιών (σε συνδυασμό με τις υπόλοιπες ελλείψεις της Διακήρυξης), η Εταιρία μας δεν κατάφερε να υποβάλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, αλλά ούτε και να προσβάλλει σε προγενέστερο σημείο αυτού τη Διακήρυξη. 5 ος λόγος προσφυγής. Μη νόμιμη η πρόβλεψη περί 10ετούς συντήρησης και δη από τον ίδιο προμηθευτή της μονάδας παραγωγής οξυγόνου (βλ. σχετικά όρους σε σελ. 11, 12, 13 της Διακήρυξης, όπως αυτοί αναφέρονται στο Κεφάλαιο Β της παρούσας). Με βάση την κείμενη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές προκηρύσσουν διαγωνισμούς (παροχής υπηρεσιών και προμηθειών) ανά έτος. Κατ' εξαίρεση μόνο υπάρχει η δυνατότητα προκήρυξης σύμβασης – πλαίσιο για 4 έτη (με τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στο ν. 4412/2016 και οι οποίες δεν έχουν πληρωθεί εν προκειμένω). Περαιτέρω, τη συντήρηση έχει τη δυνατότητα να παρέχει άλλος πλην του προμηθευτή οικονομικός φορέας, διαφορετικά νοθεύεται ο ανταγωνισμός. Συνεπώς, η πρόβλεψη της Διακήρυξης για σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών και δη με τον προμηθευτή της μονάδας παραγωγής οξυγόνου για 10 έτη και όχι μόνο για 1 έτος αντιστρατεύεται το πνεύμα και τις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων, περιορίζοντας και νοθεύοντας αθέμιτα τον ανταγωνισμό. Η εταιρία μας δε, όπως έχουμε ήδη προαναφέρει, έχει τη δυνατότητα να υποβάλει προσφορά για συντήρηση, δυνατότητα την οποία στερείται πλήρως ενόψει της ανωτέρω πρόβλεψης περί 10 ετούς διάρκειας της σύμβασης παροχής υπηρεσιών του επίμαχου διαγωνισμού και δη με δικαίωμα προαίρεσης του Νοσοκομείου. 6 ος λόγος προσφυγής. Μη νόμιμη η πρόβλεψη της σελίδας 27 της Διακήρυξης σχετικά με την απόδειξη της τεχνικής εμπειρίας σε αντίστοιχα έργα, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι ο προμηθευτής της μονάδας παραγωγής οξυγόνου θα πρέπει να αναλάβει και τη 10ετή συντήρηση αυτής (βλ. σχετικά όρο 2.4.1 της Διακήρυξης, σελ. 37), κατά παράβαση της αρχής της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό (νόθευση του ανταγωνισμού)... Τούτη η πρόβλεψη, ωστόσο, νοθεύει τον ανταγωνισμό,

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ενόψει του ότι, ως προαναφέρθηκε, οι εν λόγω μονάδες είναι ένα σύστημα που προσφάτως εισήχθη στην ελληνική αγορά (παρانونώς δε για τους λόγους που προαναφέρουμε), με αποτέλεσμα μόνο ένας υποψήφιος να πληροί την εν λόγω προϋπόθεση, με αποτέλεσμα η εν λόγω Διακήρυξη να καθίσταται φωτογραφική. Ας μας απαντήσει το Νοσοκομείο πόσοι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υπέβαλαν προσφορά. Η ανωτέρω πρόβλεψη, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι ο ίδιος ο προμηθευτής της μονάδας θα πραγματοποιεί και τη συντήρηση αυτής επί 10 έτη, στερεί από την Εταιρία μας τη δυνατότητα να υποβάλει νομίμως προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό για το τμήμα της συντήρησης, περιορίζοντας τεχνητά τον ανταγωνισμό. Με βάση τα ανωτέρω είναι προφανές ότι δεν μπορεί να θυσιάζεται η υγεία και ασφάλεια των ασθενών προς εξυπηρέτηση ενός και μόνο προμηθευτή και δη όταν τούτο έρχεται και σε πλήρη αντίθεση με το οικονομικό συμφέρον των νοσοκομείων, δηλαδή με το δημόσιο συμφέρον. Επειδή η εταιρία μας ως προμηθεύτρια διαφόρων ιατρικών αερίων σε διάφορα νοσοκομεία (μεταξύ των οποίων και η ΝΜ Γιαννιτσών), διαθέτει όλα τα απαιτούμενα πιστοποιητικά και άδειες για τη νόμιμη διακίνηση και πώληση του ιατρικού οξυγόνου συμπεριλαμβανομένης και της άδειας κυκλοφορίας (απαραίτητης για τη νόμιμη διακίνησή τους). Επειδή η προσβαλλόμενη Διακήρυξη μας εμποδίζει να συμμετάσχουμε νομίμως στον εν λόγω διαγωνισμό που επί της ουσίας αντικείμενό του είναι η προμήθεια των Νοσοκομείων με ιατρικό οξυγόνο, είναι βέβαιο ότι θα οδηγήσει σε οικονομική εξόντωση όλων των εταιριών του κλάδου αφενός, αλλά και σε κίνδυνο για τη δημόσια υγεία αφετέρου....»

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις επί της προσφυγής αναφέρει ότι «...Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός αποτελεί υποέργο πρότασης του Νοσοκομείου μας το οποίο έχει ενταχθεί στο Πρόγραμμα ΕΣΠΑ ...με Κωδικό Πρόσκλησης: ... με τίτλο «ΕΠΕΚΤΑΣΗ, ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΟΛΩΝ ΤΩΝ ΒΑΘΜΙΔΩΝ ΥΓΕΙΑΣ». Η έγκριση σκοπιμότητας για το συγκεκριμένο έργο δόθηκε από την Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών του Υπουργείου Υγείας με το Αρ.Πρωτ.:Α6/Γ.Π.58283/27-09-2017 έγγραφο. Εφόσον η Διεύθυνση αυτή, η οποία είναι υπεύθυνη για τον σχεδιασμό και την κατασκευή ολόκληρων Νοσηλευτικών Μονάδων ανά την Ελληνική Επικράτεια σύμφωνα πάντα με το γράμμα το Νόμου, εγκρίνει την σκοπιμότητα τέτοιου

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

έργου εμείς οφείλουμε να σεβαστούμε την απόφαση αυτή. Σχετικά με την αναφορά σας για την ακαταλληλότητα του παραγόμενου από την μονάδα παραγωγής οξυγόνου με καθαρότητα 90-96% για ασθενείς με COVID-19 ενώ βλέπουμε καθαρά το εν λόγω υπογραμμισμένο κείμενο δεν βλέπουμε ΠΟΥΘΕΝΑ την αντίστοιχη βιβλιογραφία ή παραπομπές σε αντίστοιχες επιστημονικά τεκμηριωμένες μελέτες που να στηρίζουν αυτή την δήλωση. Το ότι η μητρική σας εταιρία δραστηριοποιείται στην ... δεν θεωρούμε ότι είναι επιστημονικά αρκετό για να στηρίξει μια τέτοια άποψη. Αντιθέτως το να χρησιμοποιείται σε μια προδικαστική προσφυγή ένα τόσο σοβαρό ζήτημα όπως η πανδημία COVID-19 χωρίς τα απαραίτητα επιστημονικά στοιχεία είναι τουλάχιστον ατυχές. Σχετικά με το κόστος προμήθειας του υγρού οξυγόνου από την εταιρία σας σε σχέση με το κόστος της μονάδας παραγωγής οξυγόνου επιτρέψτε μας να δηλώσουμε τα εξής: Με βάση την μικρή σχετικά εμπειρία μας στο χώρο των Νοσοκομείων και την συμμετοχή μας ως μέλη επιτροπών Διαγωνισμών προμήθειας Υγρού Οξυγόνου, έχουμε δει την τελευταία 15ετία προσφερόμενες τιμές από 0,95€/κ.μ., 0,68€/κ.μ. έως και τα 0,21€/κ.μ. που προσφέρετε εσείς με βάση τον τελευταίο διαγωνισμό. Από οικονομικής απόψεως ως Νοσοκομείο του Δημοσίου Τομέα είμαστε ικανοποιημένοι με την κατακόρυφη πτώση των προσφερόμενων τιμών. Αυτό όμως μας βάζει σε σκέψεις διότι η πτώση της τιμής ενός προϊόντος έως και τέσσερις φορές μπορεί να σημαίνει: ή αλματώδη τεχνολογική εξέλιξη της διαδικασίας παραγωγής με αποτέλεσμα την δραστική μείωση του κόστους του προϊόντος ή ανάπτυξη μεγάλου ανταγωνισμού μεταξύ εταιριών με το ίδιο αποτέλεσμα της δραστικής περικοπής της τιμής. Αυτό που θέλουμε να τονίσουμε είναι ότι από τη στιγμή που το υγρό οξυγόνο είναι ένα προϊόν του ελεύθερου εμπορίου κανείς δεν μπορεί να μας εγγυηθεί ότι η τιμή του θα παραμείνει στα τωρινά χαμηλά επίπεδα. Εκτός εάν εσείς ως εταιρία δεσμευθείτε εγγράφως για αυτό. Σε διαφορετική περίπτωση κάθε οικονομική σύγκριση δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή. Σχετικά με την κατάσταση που επικρατεί σε άλλα Νοσοκομεία αυτό που έχουμε να δηλώσουμε είναι ότι σε κάθε Νοσοκομείο επικρατούν διαφορετικές συνθήκες και καταστάσεις και από Τεχνικής και από Οικονομικής Φύσεως όποτε μπορούμε μεν να λάβουμε υπόψη για πληροφοριακό σκοπό το ιστορικό και την κατάσταση του κάθε Νοσοκομείου αλλά όχι ως απόλυτο κανόνα για το τι πρέπει να γίνει στην δική μας περίπτωση. Σχετικά με την

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Νομιμότητα της όλης εγκατάστασης και το κατά πόσον είναι νόμιμο ένα σύστημα το οποίο περιλαμβάνει μονάδα παραγωγής οξυγόνου και παράλληλα ως εφεδρεία δεξαμενή υγρού οξυγόνου ή σύστημα με συστοιχίες φιαλών οξυγόνου, στην προσφυγή σας δεν αναφέρετε πουθενά κάποια νομοθεσία που να απαγορεύει ρητά την εν λόγω εγκατάσταση ή κάποια δικαστική απόφαση πάνω στο συγκεκριμένο ζήτημα που να απαγορεύει μια αντίστοιχη εγκατάσταση παρά μόνο ότι μπορεί να βρεθείτε υπόλογοι σε περίπτωση ανάμειξης των δύο τύπων οξυγόνου. Από όσο γνωρίζουμε από το Νοσοκομείο μας η εγκατάσταση της δεξαμενής υγρού οξυγόνου της εταιρίας σας συνδέεται με το σύστημα αερίων του νοσοκομείου με μια παροχή στο προαύλιο χώρο. Από εκεί και πέρα για την εσωτερική εγκατάσταση τους μειωτές τους διακλαδωτές και τα συστήματα ελέγχου εντός των κτιριακών εγκαταστάσεων υπεύθυνο είναι το Νοσοκομείο και μόνο αυτό. Υποχρέωση σας είναι η αδιάλειπτη και σύμφωνα με τις προδιαγραφές παροχή οξυγόνου από την δεξαμενή προς την κεντρική παροχή του κτιρίου. Πέραν αυτού αυτή τη στιγμή υπάρχουν εγκατεστημένες αρκετές μονάδες παραγωγής οξυγόνου στον ελληνικό χώρο οι οποίες έχουν εφεδρικές διατάξεις φιαλών ή δεξαμενής υγρού οξυγόνου. Εάν εσείς θεωρείτε παράνομη μια τέτοια εγκατάσταση τότε να μας γνωρίσετε υπό ποιο καθεστώς συνεχίζουν να είναι σε λειτουργία τέτοιες μονάδες. Σε κάθε περίπτωση εφόσον κάθε εποπτεύουσα αρχή η οποία έχει εμπλακεί με το εν λόγω έργο μας έχει δώσει την έγκριση, είτε αυτή είναι το Υπουργείο Υγείας, η ... ΥΠΕ, είτε η Διαχειριστική Αρχή της Περιφέρειας ... τότε εμείς ως υπηρεσία οφείλουμε να συνεχίσουμε και να ολοκληρώσουμε την διαδικασία με βάση ότι προβλέπεται από το Νόμο. Β. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ.πρωτ.17555/15-7-2020 έγγραφο της Επιτροπής Σύνταξης Τεχνικών Προδιαγραφών για την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου» σημειώνονται τα κάτωθι: - Οι Τεχνικές Προδιαγραφές για την προμήθεια και εγκατάσταση «Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου» στο Γενικό Νοσοκομείο ... έχουν ως βάση τις Τεχνικές Προδιαγραφές – Πλαίσιο που έχουν εγκριθεί από την ΕΠΥ (Επιτροπή Προμηθειών Υγείας) - Οι Τεχνικές Προδιαγραφές για την προμήθεια και εγκατάσταση «Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου» στο Γενικό Νοσοκομείο ... έχουν εγκριθεί από την ΕΥΔΕΠ ... - Έχουν προηγηθεί οι απαιτούμενες εγκρίσεις από όλους τους εποπτευόμενους φορείς (Υπουργείο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Υγείας, ... Υ.Πε., ΕΥΔΕΠ ...) - Η εταιρεία ... προσφεύγει κατά ενός διαγωνισμού με αντικείμενο διαφορετικό του πεδίου δραστηριοτήτων της. Γ. Σημειώνεται επίσης ότι τόσο η υπ'αριθμ.Α6/Γ.Π. 58283/27-9-2017 Απόφαση του Αναπληρωτή Υπουργού Υγείας (ΑΔΑ: 7Χ7Ω465ΦΥΟ-ΕΒ6) με την οποία εγκρίνεται η σκοπιμότητα του έργου για επιχορήγηση από τους πόρους του ΕΣΠΑ 2014-2020 όσο και η υπ'αριθμ.πρωτ.1141/3-5-2018 Απόφαση του Περιφερειάρχη ... (ΑΔΑ:780Λ7ΛΡ-64Ρ) με την οποία εντάσσεται η Πράξη «Προμήθεια Εξοπλισμού για την αναβάθμιση των Υποδομών του Γενικού Νοσοκομείου ...» στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Περιφερειακό επιχειρησιακό Πρόγραμμα ... 2014-2020» με κωδικό MIS ..., αφορούν στην υλοποίηση του Υποέργου 2 «Προμήθεια και Εγκατάσταση ΜΟΝΑΔΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου» για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου ... (σχετ.1,2). Δ. Σε ότι αφορά την σύντμηση της προθεσμίας υποβολής προσφορών επισημαίνουμε ότι: i. Με το υπ'αριθμ.πρωτ.1016/26-3-2020 έγγραφο η ΕΥΔΕΠ ... γνωστοποιεί στους φορείς την δυνατότητα Προώθησης έργων Εξοπλισμών Υγείας που χρηματοδοτούνται από το ... στο πλαίσιο και με τους κανόνες / νομοθεσία περί της έκτακτης συνθήκης λόγω κορωνοϊού» (σχετ.3). ii. Με τις υπ'αριθμ.πρωτ.1722/20-3-2020 & 1867/1-4-2020 εγκυκλίους της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. σχετικά με «Διευκρινίσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ως προς την σύναψη δημοσίων συμβάσεων που σχετίζονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID -19» & «Ειδική Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ως προς την σύναψη δημοσίων συμβάσεων που σχετίζονται με την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID -19 – Νεότερες διευκρινίσεις» καθώς και με την Κατευθυντήρια Οδηγία 24/2020 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. δίνονται περαιτέρω οδηγίες για την χρήση των κανόνων/νομοθεσίας περί της έκτακτης συνθήκης λόγω κορωνοϊού και προκύπτει με σαφήνεια, ότι... οι συμβάσεις άνω των ορίων, οι οποίες σχετίζονται με την αντιμετώπιση των συνεπειών και την αποτροπή περαιτέρω διασποράς του κωρονοϊού, καλύπτουν τις προϋποθέσεις για χρήση της «επισπευσμένης» ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, με την αντίστοιχη σύντμηση των προθεσμιών» (σχετ.4). 5 iii. Με το υπ'αριθμ.πρωτ.10534/15-4-2020 έγγραφο του Προϊσταμένου Τεχνικής Υπηρεσίας τεκμηριώνεται η συνάφεια του Υποέργου 2 με την έκτακτη συνθήκη περί κορωνοϊού σχετικό με την αναγκαιότητα επίσπευσης διαγωνιστική διαδικασίας για την Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Ιατρικού Οξυγόνου (σχετ.5). iv. Με το υπ'αριθμ.πρωτ.1414/8-05-2020 έγγραφο της ΕΥΔΕΠ ..., διατυπώνεται η Θετική γνώμη για τα σχέδια των τευχών διακήρυξης και η διαδικασία σύμφωνα με την οποία θα προκηρυχθεί το Υποέργο 2 με τίτλο «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» της Πράξης «Προμήθεια Εξοπλισμού για την αναβάθμιση των υποδομών του Γ. Ν. ...» με κωδικό ΟΠΣ [...] συνολικού προϋπολογισμού 220.000,00€ σε ενιαίο διαγωνισμό μαζί με την υπηρεσία συντήρησης για ένα έτος των ανωτέρω προμηθειών π/υ 15.000,00€ και των δικαιωμάτων προαίρεσης της υπηρεσίας συντήρησης π/υ 90.000,00€, και επιπλέον εφόσον το Νοσοκομείο αποφασίσει την προώθηση του διαγωνισμού με βάση τις διατάξεις περί αντιμετώπισης Covid-19 ΑΠ 1016/26-03-2020 να ενημερωθεί σχετικά η ΕΥΔΕΠ ... και να τηρηθούν τα στοιχεία έργου υπόψη έγκρισης (σχετ.8). v. Στη συνέχεια με την υπ'αριθμ.375/18ης/27-5-2020 Απόφαση ΔΣ εγκρίνονται, η Διενέργεια, τα Τεύχη Δημοπράτησης του έργου, επικαιροποιούνται οι Τεχνικές Προδιαγραφές της παρούσας διακήρυξης και αποφασίζεται η Προώθηση του ΥΠΟΕΡΓΟΥ 2 για την προμήθεια και εγκατάσταση ΜΟΝΑΔΑΣ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΑΕΡΙΟΥ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ με συντομευμένες προθεσμίες λόγω επειγουσών καταστάσεων εξαιτίας της πανδημίας του κορωνοϊού σύμφωνα με το υπ'αριθμ.πρωτ.1016/26-03-2020 έγγραφο της ΕΥΔΕΠ ... (σχετ.9). Ε. Τα τεύχη δημοπράτησης συμπεριλαμβανομένου του σχεδίου διακήρυξης όπου αναφέρεται το κριτήριο ανάθεσης ήτοι: η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής καθώς και όλοι οι όροι του διαγωνισμού ελέγχθηκαν και εγκρίθηκαν από την ΕΥΔΕΠ ... με το υπ'αριθμ.πρωτ.1414/8-05-2020 έγγραφο της όπου διατυπώνεται η Θετική γνώμη για τα σχέδια των τευχών διακήρυξης και η διαδικασία σύμφωνα με την οποία θα προκηρυχθεί το Υποέργο 2 με τίτλο «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μονάδας Παραγωγής Αέριου Ιατρικού Οξυγόνου για τις ανάγκες του Νοσοκομείου ...» της Πράξης «Προμήθεια Εξοπλισμού για την αναβάθμιση των υποδομών του Γ. Ν. ...» με κωδικό ΟΠΣ [...] συνολικού προϋπολογισμού 220.000,00€ σε ενιαίο διαγωνισμό μαζί με την υπηρεσία συντήρησης για ένα έτος των ανωτέρω προμηθειών π/υ 15.000,00€ και των δικαιωμάτων προαίρεσης της υπηρεσίας συντήρησης π/υ 90.000,00€, και επιπλέον εφόσον το Νοσοκομείο αποφασίσει την προώθηση του διαγωνισμού με βάση τις

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

διατάξεις περί αντιμετώπισης Covid-19 ΑΠ 1016/26-03-2020 να ενημερωθεί σχετικά η ΕΥΔΕΠ ... και να τηρηθούν τα στοιχεία έργου υπόψη έγκρισης (σχετ.8). Επιπρόσθετα, η τιμή ετήσιας συντήρησης αποτελεί κριτήριο αξιολόγησης και βαθμολόγησης των προσφορών για τον υπολογισμό της συνολικής τιμής προσφοράς και της ανηγμένης τιμής σύγκρισης όπως προκύπτει από το κριτήριο ανάθεσης και το άρθρο 2.3 «Κριτήρια Ανάθεσης» της Διακήρυξης και το άρθρο 86 του ν. 4412/2016 (σχετ.10). ΣΤ. Τέλος, σας γνωρίζουμε ότι, η ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή κατά της υπ'αριθμ.... Διακήρυξης με συστημικό αριθμό στο Ηλεκτρονικό σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ ..., έχει υποβληθεί μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στο συστημικό αριθμό ... ο οποίος αφορά σε Ηλεκτρονικό διαγωνισμό άλλης Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό διακήρυξης ... «Προμήθεια υγρού αζώτου – ηλίου βιομηχανικών αερίων» του ..., ο οποίος βρίσκεται στο στάδιο της Συμβασιοποίησης (σχετ.25). Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω αρνούμαστε την προσφυγή και τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας στο σύνολό της...»

14. Επειδή η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι «...Β. Επί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής 7. ... η εν θέματι εταιρία, όπως ρητά διαβεβαιώνει στην προσφυγή της, δεν διαθέτει τα προς προμήθεια είδη, ήτοι τις μονάδες παραγωγής οξυγόνου, αλλά διαθέτει φιάλες έτοιμου ιατρικού οξυγόνου. Επομένως προσφεύγει κατά ενός διαγωνισμού, το αντικείμενο του οποίου εκφεύγει του πεδίου δραστηριοτήτων της. 8. - Μάλιστα, ακόμη και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης ή τροποποίησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και έκδοσης νέας κανονιστικής πράξης σύμφωνης κατά την προσφεύγουσα με την κείμενη νομοθεσία στον τομέα της παραγωγής και της κυκλοφορίας φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση- με το ίδιο φυσικό αντικείμενο, αλλά και στα πλαίσια της σκοπιμότητας που έχει εγκριθεί, η οποία ορίζει την υποκατάσταση του σημερινού τρόπου προμήθειας ιατρικού οξυγόνου με μονάδες παραγωγής, για την μείωση του κόστους, η προσφεύγουσα δεν προσδιορίζει τον τρόπο με τον οποίο θα μπορούσε να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, στην νέα σύμβαση (κατά την ίδια) διαδικασία σύναψης σύμβασης, αφού η ίδια δεν διαθέτει σε κάθε περίπτωση μηχανήματα ή συστήματα παραγωγής οξυγόνου. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα τονίζει με emphaticό τρόπο ότι αντικείμενο της εμπορικής της δραστηριότητας είναι η προμήθεια φιαλών έτοιμου οξυγόνου καθώς και δεξαμενών υγρού

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

οξυγόνου. Προς ενίσχυση του επιχειρήματος της, επισημαίνει ότι η ίδια προμηθεύει το εν θέματι Νοσοκομείο, κατά του οποίου προσφεύγει, με σχετικό εξοπλισμό, καλύπτοντας πλήρως και στο 100%, σύμφωνα με την προσφυγή της, τις ανάγκες του νοσοκομείου με την υφιστάμενη σύμβαση προμήθειας ιατρικού οξυγόνου (σελ. 37 της προσφυγής, 4ος λόγος). Επομένως, υπό το πρίσμα των ανωτέρω, διαφαίνεται ξεκάθαρα ότι σκοπός της προσφεύγουσας είναι η ακύρωση ενός διαγωνισμού, το αντικείμενο του οποίου δεν εμπίπτει στο εμπορικό της εύρος δραστηριοτήτων, και η ταυτόχρονη συνέχιση της προμήθειας του νοσοκομείου με Φιάλες οξυγόνου της ίδιας, προς όφελος της ίδιας, χωρίς να υπολογίζει, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της, το οικονομικό βάρος που αυτό συνεπάγεται για το Νοσοκομείο και το Δημόσιο εν γένει!

9. - Εξάλλου, η προσφεύγουσα οφείλει να γνωρίζει ότι η κείμενη νομοθεσία και οι κανονισμοί που διέπουν την παροχή ιατρικού οξυγόνου σε δίκτυο (1. ΕΛΟΤ EN ISO 13485, «Προϊόντα για ιατρική χρήση — Συστήματα διαχείρισης της ποιότητας — Απαιτήσεις συστήματος για κανονιστικούς σκοπούς». 2. ΕΛΟΤ EN ISO 7396-1 «Συστήματα σωληνώσεων ιατρικών αερίων - Μέρος 1: Συστήματα σωληνώσεων για ιατρικά αέρια υπό πίεση και κενό», 3. ISO 10083, «oxygen concentrator supply systems for use with medical gas pipeline systems» 4. ΔΥ8/Β/οικ.115301/26-08-2009, «Προδιαγραφές για συστήματα σωληνώσεων ιατρικών αερίων και κενού και συστήματα απομάκρυνσης αναισθητικών αερίων» 5. Συμπλήρωμα 7.1 της έβδομης έκδοσης της Ευρωπαϊκής Φαρμακοποιίας (Εγκύκλιος ΕΟΦ 22288 28/03/2011) 6. Υπουργικές αποφάσεις ΔΥ8/ΟΙΚ/ΓΠ/οικ.110318/14-09-2006 και ΔΥΒ/Γ.Π/οικ/157341/2/ 2007 7. Έγγραφο του ΕΟΦ με αριθμό πρωτ. 23151/7-3-16) 8. Ισχύοντες ελληνικοί και διεθνείς κανονισμοί και διατάξεις ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΜΟΝΑΔΩΝ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΟΞΥΓΟΝΟΥ $93 \pm 3\%$), ορίζουν ότι η εν λόγω παροχή θα προέρχεται από τουλάχιστον τρεις ανεξάρτητες πηγές (κύρια, δευτερεύουσα και εφεδρική) κάθε μια εκ των οποίων θα δύναται να παράγει από μόνη της (ανεξάρτητα από τις άλλες δυο γραμμές) την συνολική μέγιστη απαιτούμενη ποσότητα οξυγόνου. Οι τρεις ανεξάρτητες πηγές θα πρέπει να αποτελούνται από έναν συνδυασμό από τα παρακάτω είδη Κύρια Πηγή: Γραμμή παραγωγής οξυγόνου $93 \pm 3\%$. Δευτερεύουσα Πηγή: Δεξαμενή Υγρού οξυγόνου (δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσης διακήρυξης). Εφεδρική Πηγή: Συστοιχίες Φιαλών οξυγόνου (δεν

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

αποτελεί αντικείμενο της παρούσης διακήρυξης). Η κύρια πηγή τροφοδοσίας θα πρέπει υποχρεωτικά να περιλαμβάνει γραμμή παραγωγής οξυγόνου 93 ± 3 %, σύμφωνα με το ISO 10083. 10. - Με βάση το ως άνω σκεπτικό, η προσφεύγουσα δύναται κάλλιστα να λάβει μέρος σε άλλους διαγωνισμούς του νοσοκομείου που αφορούν την δευτερεύουσα και εφεδρική πηγή οξυγόνου ως προαναφέρονται, αλλά όχι στον επίμαχο, ο οποίος αφορά στην κύρια πηγή, ήτοι σε μονάδα παραγωγής οξυγόνου ή αλλιώς γεννήτρια παραγωγής οξυγόνου. Επομένως, ενώ η προσφεύγουσα γνωρίζει την κείμενη νομοθεσία περί παροχής ιατρικού οξυγόνου, όπως εκτενώς την επικαλείται στην προδικαστική προσφυγή της, αποφεύγει να αναφερθεί στα ως άνω αλλά εστιάζει στην μη δυνατότητα συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό, το αντικείμενο του οποίου εκφεύγει των δραστηριοτήτων της! Σε κάθε περίπτωση, το αδύνατο της συμμετοχής του ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική (ΑΕΠΠ 792,793,794/2018 σκέψη 28). 11. - Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται, όλως επικουρικώς, τη μη δυνατότητα συμμετοχής της στο τμήμα του διαγωνισμού που αφορά την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής του υπό προμήθεια εξοπλισμού. Ωστόσο, η δήλωση αυτή της προσφεύγουσας δημιουργεί εύλογες απορίες και θέτει υπό αμφισβήτηση το λογικό και νομικό θεμελίωμα της εν θέματι προσφυγής. Μολονότι, η ίδια καταδικάζει ευθαρσώς και με ιδιαίτερα emphaticό και εκτενή τρόπο την «παράνομη», κατά τους χαρακτηρισμούς της, προμήθεια της μονάδας παραγωγής οξυγόνου, στο ίδιο έγγραφο εκδηλώνει ταυτόχρονα την επιθυμία να αναλάβει τη συντήρηση του «παράνομα» αποκτηθέντος εξοπλισμού! Μάλιστα, ενώ στην προσφυγή της αναλύει διεξοδικά και δήθεν τεκμηριωμένα τους κινδύνους για την υγεία των ασθενών που εγκυμονεί η παραγωγή ιατρικού οξυγόνου από γεννήτριες οξυγόνου καθώς και τους λόγους για τους οποίους οι δημόσιες νοσηλευτικές μονάδες θα έπρεπε να αποφεύγουν τη χρήση τους, λόγω έλλειψης πιστοποιήσεων και γενικότερα διασφάλισης ποιότητας, εκδηλώνει, κατά τρόπο οξύμωρο, την βούληση της παροχής υπηρεσιών συντήρησης του παράνομου και επικίνδυνου για την υγεία εξοπλισμού! Προς επίρρωση του καθόλα αβάσιμου ισχυρισμού της, προσθέτει ως προϋπόθεση την τήρηση της νομιμότητας των προδιαγραφών της Διακήρυξης. Ωστόσο, δεν επεξηγεί, ακόμη και σε αυτήν την

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

περίπτωση πως θα μπορούσε να λάβει μέρος στον εν θέματι διαγωνισμό, εφόσον το αντικείμενο της προμήθειας εκφεύγει του πεδίου δραστηριοτήτων της! 12. - Σε κάθε δε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα λόγοι προδικαστικής προσφυγής περί παράβασης νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για την προσφεύγουσα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής. Ανάλογη ήταν και η κρίση του 3^ο Κλιμακίου της Αρχής σας με την υπ' αρ. 607/2019 (σκέψεις 10, 11, 14-18) απόφασή του, με την οποία απέρριψε ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος αντίστοιχη προδικαστική προσφυγή της ίδιας προσφεύγουσας. Επιπρόσθετα, το 3^ο Κλιμάκιο της Αρχής σας με την υπ' αρ. 135,136/2020 (σκέψεις 19-23) απόφασή του απεφάνθη ομοίως, απορρίπτοντας το σύνολο των λόγων της προσφυγής ως προβαλλόμενους άνευ εννόμου συμφέροντος... Επομένως, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Γ. Επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής ... 19.- Σε κάθε περίπτωση, αμφισβητείται απαράδεκτως η ακυρωτικώς ανέλεγκτη σχετική τεχνική εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής ως προς την σκοπιμότητα των θεσπιζομένων από αυτήν τεχνικών προδιαγραφών, η οποία έχει τη διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους. Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί μια τεχνική προδιαγραφή δεν παύει να είναι σύννομη για τον μόνο λόγο ότι αποκλείει το προϊόν ενός προμηθευτή ούτε εξάλλου είναι δυνατόν να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός, ότι η αναθέτουσα όφειλε να μην θέσει τον οικείο όρο, προκειμένου να γίνει δεκτό το δικό του προϊόν διότι έχει άλλα χαρακτηριστικά που του προσδίδουν ίση αποτελεσματικότητα, επίκληση η οποία εξάλλου προβάλλεται αναπόδεικτα. Και τούτο, διότι υπό αυτή τη λογική δεν θα δύναντο να θεσπισθούν προδιαγραφές, αφού οποιοσδήποτε θα μπορούσε να επικαλεσθεί ισοδύναμο ή παρόμοιο αποτέλεσμα παρά τη μη τήρηση τους. ... 20. -Ακόμη, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι γίνεται προσπάθεια ευνοϊκότερης μεταχείρισης συγκεκριμένων εταιρειών, οι οποίες εμπορεύονται το σύστημα προμήθειας μονάδων παραγωγής οξυγόνου χωρίς ωστόσο να τις κατονομάζει απορρίπτεται ως αόριστος και τούτο διότι ως έχει παγίως κριθεί προκειμένου να είναι ορισμένος ένας τέτοιος ισχυρισμός, πρέπει να κατονομάζονται οι

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

οικονομικοί φορείς που είναι οι μόνοι δυνάμενοι να συμμετάσχουν ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829,1354/2009). 21.-Πέραν της προαναφερθείσας ανάλυσης, και σύμφωνα με την επισυναπτόμενη επιστολή του Ε.Ο.Φ. με Αριθμ. Πρωτ.: 40035/28/4/2017 «Τα ιατρικά αέρια, σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Γραμμή CHMP/QWP/1719/00 Rev1/2007, έχουν χαρακτηρισθεί από τον Ευρωπαϊκό Οργανισμό Φαρμάκων ως φαρμακευτικά προϊόντα. Συνεπώς για τη νόμιμη κυκλοφορία τους απαιτούνται όλες οι διαδικασίες που ορίζονται από την κείμενη νομοθεσία για την κυκλοφορία ενός φαρμακευτικού προϊόντος και πρωτίστως, άδεια κυκλοφορίας (σύμφωνα με την ισχύουσα φαρμακευτική νομοθεσία: Κοινοτική Οδηγία 2001/83/ΕΚ, όπως αναθεωρήθηκε και ισχύει, ΚΥΑ ΔΥΓ3α/32221/2013, ΦΕΚ Β' 1049, όπως ισχύει)». Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ενισχύει την επιχειρηματολογία της προστρέχοντας στην έννοια της κυκλοφορίας φαρμάκου σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 35 της οδηγίας 200/83 για την ανάγκη ελέγχου ολόκληρης της αλυσίδας διανομής φαρμάκων, από την παρασκευή ή την εισαγωγή τους στην Ένωση μέχρι τη χορήγησή τους στο κοινό, κατά τρόπο που να διασφαλίζεται ότι η διατήρησή τους, η μεταφορά τους, και ο εν γένει χειρισμός τους γίνεται υπό τις κατάλληλες συνθήκες. 22. - Ωστόσο, σύμφωνα και με την νομολογία, [ΟΛΣΤΕ 3802-4/2014, σκ. 12) επισημαίνεται ότι με βάση το άρθρο 14 παρ. 4 του ν. 1316/1983 (Α1 3) εκδίδεται απόφαση του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ύστερα από πρόταση του ΔΣ του ΕΟΦ με την οποία καθορίζεται η διαδικασία και οι προϋποθέσεις εισαγωγής, παραγωγής, εξαγωγής και γενικά κυκλοφορίας, οι προδιαγραφές όλης της παραγωγικής διαδικασίας και γενικά κυκλοφορίας Φαρμακευτικών και λοιπών ειδών του άρθρου 2 του νόμου αυτού...». 23.- Εν προκειμένω, αξίζει να γίνει ειδική μνεία στο υπ' αριθμ. πρωτ. Α3(ν)/ΓΠ/οικ. 28260/15.04.2016 έγγραφο του Τμήματος Παροχών Υπηρεσιών Υγείας και Οργάνωσης και Υποστήριξης των Υγειονομικών Περιφερειών του Υπουργείου Υγείας, το οποίο ενημερώνει τις Υγειονομικές Περιφέρειες της Χώρας σχετικά με την εφαρμογή της νομοθεσίας περί ιατρικών αερίων. Ειδικότερα, το έγγραφο αυτό παραπέμπει στο υπ' αριθμ. 23151/07.03.2016 έγγραφο του Ε.Ο.Φ., ως εκδούσα αρχή των αδειών παραγωγής και κυκλοφορίας φαρμάκων, σύμφωνα με το οποίο, «η παραγωγή και η συσκευασία του

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

ιατρικού οξυγόνου σε εργοστασιακές Μονάδες, εφόσον αυτά διατίθεται στο εμπόριο, πρέπει να γίνει σύμφωνα με τους κανόνες καλής παραγωγής των Φαρμακευτικών προϊόντων (2003/94/EC και EU Good Manufacturing Practice)». Συνεπώς, όταν το ιατρικό οξυγόνο δεν διατίθεται στο εμπόριο δεν έχουν εφαρμογή οι εν λόγω κανόνες. 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. Άλλωστε, η διανομή συσκευών οξυγονοθεραπείας θα ενέπιπτε και αυτή στους ίδιους περιορισμούς, πράγμα που δεν ισχύει και ουδέποτε τέθηκε σε αμφισβήτηση.

24. - Επιπρόσθετα, ο ΕΟΦ προχωράει περαιτέρω και σε μια διευκρίνιση όσον αφορά τους Συμπυκνωτές Οξυγόνου (Oxygen concentrators ή αλλιώς μονάδες παραγωγής οξυγόνου), σύμφωνα με την οποία «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 προϊόντων (2003/94/EC και EU Good Manufacturing Practice), αλλά αποτελεί αποκλειστική ευθύνη του κάθε νοσοκομείου». Επομένως, τα δημόσια νοσηλευτικά ιδρύματα έχουν τη δυνατότητα προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση, χωρίς να απαιτείται η απόκτηση ειδικής άδειας από τον Ε.Ο.Φ.

25. - Η πρόβλεψη αυτή δεν καθιστά, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, την παραγωγή ιατρικών αερίων *in situ* εκτός οποιουδήποτε νομικού πλαισίου, καθότι διέπεται από την νομοθεσία περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων καθώς και από μια σειρά κανονισμών και προτύπων, όπως αναφέρονται στο υπ'αριθμ. 23151/07.03.2016 έγγραφο του Ε.Ο.Φ., στο τμήμα Β περί συμπυκνωτών οξυγόνου (γεννητριών οξυγόνου). Επιπρόσθετα, 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 02 ιατρικής χρήσης) οφείλει να φέρει και αυτή πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικών

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

προϊόντων. 26. - *Εν κατακλείδι, καθίσταται σαφές ότι οι δημόσιες νοσηλευτικές μονάδες έχουν τη δυνατότητα προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση, in situ, για την αποκλειστική κάλυψη των αναγκών της ίδιας μονάδας και ως εκ τούτου δεν απαιτείται άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ., ήτοι ειδική άδεια σχετιζόμενη με την κυκλοφορία του Φαρμακευτικού προϊόντος. Επομένως, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη σύμφωνα με τα ανωτέρω.* 27.- *Αντίστοιχη ήταν και η κρίση του 1ου Κλιμακίου της Αρχής σας (ΑΕΠΠ 1346/2019) σε πρόσφατη απόφασή της επί παρόμοιας προσφυγής κατά του υπ' αριθμ. ... διαγωνισμού του Γ.Ν ... - Γ.Ν.-Κ.Υ. ... για την προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση ενός συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση, σύμφωνα με την οποία «τα δημόσια νοσηλευτικά ιδρύματα έχουν τη δυνατότητα προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ίδια ιατρική χρήση, in situ, για την αποκλειστική κάλυψη των αναγκών του ίδιου ιδρύματος και ως εκ τούτου δεν απαιτείται, άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ., ήτοι ειδική άδεια σχετιζόμενη με την κυκλοφορία του φαρμακευτικού προϊόντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος».* 28. - *Προς πληρέστερη ενημέρωση της Αρχής σας, σας επισημαίνουμε ότι παρόμοια προσπάθεια έχει καταβληθεί από εταιρείες προμήθειας ιατρικών αερίων και σε άλλες περιπτώσεις (όπως στους διαγωνισμούς Νοσοκομείων της ..., των ..., του ..., του ..., του ..., της ...), χωρίς ωστόσο να δικαιωθούν από τα αρμόδια δικαστήρια (ΑΕΠΠ 607/2019 σκέψη 7, ΔΕφ Χανίων 51/2018). Προς επίρρωση του ισχυρισμού μας σας επισυνάπτουμε μια σειρά από προσφυγές και δικαστικές ενέργειες στις οποίες έχουν προβεί οι εν λόγω εταιρίες, και οι οποίες έχουν απορριφθεί στο σύνολό τους.* 29. - *Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ενόψει ένδειας επιχειρημάτων, ότι δήθεν το σύστημα προμήθειας, όπως είναι η προμήθεια μονάδων παραγωγής οξυγόνου, είναι παράνομο, αβέβαιο, προκαλεί κινδύνους στις ζωές των ασθενών και είναι πιο ακριβό είναι αόριστοι, έωλοι, αναπόδεικτοι και δεν έχουν καμία επιστημονική βάση, αφού δεν προσάγει συγκεκριμένες επιστημονικές μελέτες - στοιχεία τεκμηρίωσης προς υποστήριξη του ισχυρισμού της και είναι ως εκ τούτου απορριπτέοι. Επειδή σε ακολουθία*

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

των προαναφερόμενων οι όροι της διακήρυξης και οι επίμαχες προδιαγραφές ανταποκρίνονται στα τεχνικά δεδομένα και δυνατότητες ενός συστήματος αυτού του είδους και βαρύτητας για την ομαλή λειτουργία του Νοσοκομείου, το οποίο έκρινε με βάση τις ανάγκες του και προς ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, Επειδή η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ούτε και προκύπτει ποια είναι η συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τις προβαλλόμενες πλημμέλειες της διακηρύξεως, αφού δεν προσδιορίζει, για κάθε πληττόμενο όρο, τα συγκεκριμένα πραγματικά εκείνα στοιχεία που χρειάζονται, ώστε να μπορεί να κριθεί εάν οι πλημμέλειες αυτές θα καθιστούσαν ανέφικτη ή, πάντως, ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 86/2018 [παρατ. Π. Σφηκάκης / Έ. Μπαρογιάννη], Θεωρία & Πράξη Διοικητικού Δίκαιου, Τεύχος 10/2018, Οκτώβριος 2018,σελ. 952) ...»

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ». Συναφώς και η παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και η παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπουν ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)*».

17. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α).

19. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς,

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρξει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτηρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, *Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

20. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, 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, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

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.

21. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα 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 ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- 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*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

22. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

23. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

24. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

25. 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,).

26. 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.)

27. Επειδή έχει κριθεί νομολογιακά ότι προβαλλόμενοι λόγοι οι οποίοι σκοπούν μόνο στην ματαίωση του Διαγωνισμού είναι απορριπτέοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 733/2012 σκ. 5.1137/2010 σκ. 4. 977/2010 σκ. 8. 342/2009 σκ. 12.1087/2008 σκ. 5. 14/2006 σκ, 6), δοθέντος ότι κατά την έννοια των οικείων διατάξεων περί έννομης προστασίας του Βιβλίου IV του IV. 4412/2016 κατά τις οποίες προδικαστική προστασία δικαιούται να ζητήσει «κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση...». Συνεπώς, η επιδιωκόμενη προσυμβατική προστασία αποβλέπει όχι σε αυτή καθ' εαυτή την ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά, είτε στη διατήρηση της δυνατότητας του ενδιαφερομένου να συμμετάσχει στην διαγωνιστική διαδικασία, προκειμένου να επιτύχει την κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτόν (147/2016 Αναστ. ΣΤΕ. ΣτΕ ΕΑ 151/2006, ΣτΕ ΕΑ 16 534/2006. ΣΤΕ ΕΑ-ΑσΦ 960/2008), είτε στην επιδίωξη αποκλεισμού όλων των ανθυποψηφίων και συνεπεία αυτού και της απόρριψης και της δικής του προσφοράς ματαίωση της σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

32. Επειδή, η προσφεύγουσα, επιχειρεί να θεμελιώσει -πλην απαραδέκτως και, σε κάθε περίπτωση, αβασίμως - το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της προσφυγής, στηριζόμενη στον επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, αλυσιτελή και αβάσιμο βασικό ισχυρισμό της ότι ο υπό εξέταση διαγωνισμός αφορά σε προμήθεια ιατρικού οξυγόνου. Ωστόσο, όμως, τούτο προσκρούει ευθέως στους όρους της διακήρυξης καθόσον εν προκειμένω το ρητό σαφές και αδιαμφισβήτητο αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά στην προμήθεια μονάδας παραγωγής ιατρικού οξυγόνου (σκέψη 2). Συγχρόνως η προσφεύγουσα ρητώς και σαφώς ομολογεί ότι η ίδια δεν δραστηριοποιείται στον συγκεκριμένο τομέα, ήτοι δεν παράγει/εμπορεύεται/προμηθεύει μονάδες παραγωγής ιατρικού οξυγόνου (γεννήτριες οξυγόνου) που είναι το αντικείμενο της προμήθειας, αλλά έτοιμο ιατρικό οξυγόνο. Περαιτέρω, δεν ιστορείται στην προσφυγή ούτε πρόθεση/δυνατότητα ουδέ καν βούληση της προσφεύγουσας να συμμετάσχει στον παρόντα διαγωνισμό προσφέροντας συγκεκριμένη μονάδα παραγωγής ιατρικού οξυγόνου, ούτε ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται ουσιαδώς προς τούτο εξ αιτίας ακριβώς των πλησσομένων όρων της διακήρυξης, των οποίων επί πλέον την νομιμότητα ουδόλως αμφισβητεί. Αντιθέτως, το σύνολο των αμφισβητήσεων της προσφεύγουσας δεν αφορά την πρόθεσή της να συμμετάσχει στον διαγωνισμό προσφέροντας γεννήτρια οξυγόνου που είναι το αντικείμενο της προμήθειας. Αλλά το σύνολο των ισχυρισμών της αφορά σε εξωγενείς, αλλότριες, μη συσχετιζόμενες φερόμενες συνθήκες και περιστάσεις οι οποίες όμως δεν συσχετίζονται ούτε με την νομιμότητα των πλησσομένων όρων της διακήρυξης ουδέ καν με ισχυρισμό ότι η προσφεύγουσα δεν δύναται εξ αιτίας των όρων αυτών να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Ενώ αντίθετα η προσφεύγουσα -εξ όσων ιστορεί- δεν μπορεί εξ ορισμού να λάβει μέρος στον διαγωνισμό καθώς δεν προτίθεται να προσφέρει το υπό προμήθεια είδος. Για τους λόγους αυτούς η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της προσφυγής κατά των πλησσομένων όρων της διακήρυξης, οι οποίοι ούτε βλάπτουν ούτε ωφελούν τα έννομα και ουσιαστικά άμεσα προσωπικά και ενεστώτα συμφέροντά της, καθόσον κείται εκτός αυτών. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επιδιώκει την ακύρωση των πλησσομένων όρων προκειμένου να μπορέσει η ίδια να συμμετάσχει σε διαγωνιστική διαδικασία με άλλους όρους και με συνθήκες ευδοκίμησης της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

της. Αλλά τουναντίον επιδιώκει την ματαίωση αυτή καθ' εαυτή του διαγωνισμού, στον οποίο ούτως ή άλλως δηλώνει ότι δεν προτίθεται να συμμετάσχει. Επί πλέον, ως ιστορείται στην προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την *ad hoc* ακύρωση της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να προμηθευτεί καν από οποιοδήποτε το αντικείμενο της προμήθειας ήτοι την μονάδα παραγωγής ιατρικού οξυγόνου την οποία ούτε η ίδια η προσφεύγουσα προτίθεται να προσφέρει -ούτε προσφέρει- στον παρόντα διαγωνισμό αλλά ούτε και σε άλλο τυχόν προκηρυχθησόμενο διαγωνισμό με το αυτό αντικείμενο. Συνεπώς, είτε τροποποιηθούν είτε ακυρωθούν είτε διατηρηθούν σε ισχύ οι πλησσόμενοι όροι της διακήρυξης, ουδεμία ευθεία άμεση και προσωπική ωφέλεια προσπορίζεται και ουδεμία βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα. Για τους λόγους αυτούς η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα προσφυγή χωρίς έννομο συμφέρον κατά την έννοια του νόμου, καθόσον εξ ορισμού η ίδια μη προσφέροντας το υπό προμήθεια αντικείμενο αποκλείεται του διαγωνισμού από αιτία που δεν συσχετίζεται με την ίδια την διακήρυξη την οποία προσβάλλει απαραδέκτως (σκέψεις 18, 19). Ενώ συγχρόνως απαραδέκτως και χωρίς έννομο συμφέρον επιδιώκει αποκλειστικά και μόνον την ματαίωση του διαγωνισμού στον οποίο ούτως ή άλλως, με ή χωρίς τους πλησσόμενους όρους της διακήρυξης δηλώνει ότι δεν μπορεί να συμμετάσχει δεδομένου ότι δεν προτίθεται παντάπασιν να προσφέρει το επίμαχο αντικείμενο της προμήθειας (γεννήτρια οξυγόνου), αλλά διαφορετικό (έτοιμο ιατρικό οξυγόνο). Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται σε άλλο αντικείμενο και δη στην προμήθεια έτοιμου ιατρικού οξυγόνου και η προσδοκία της όπως ματαιωθεί η παρούσα διακήρυξη και διαγωνισμός επί τω τέλει προσδοκώμενης αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να προμηθευτεί μονάδα παραγωγής ιατρικού οξυγόνου, έτσι ώστε η αναθέτουσα αρχή -κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή- να μην μπορεί να παράξει η ίδια μέρος των αναγκών της σε ιατρικό οξυγόνο, και επομένως η σαφώς δηλούμενη προσδοκία της προσφεύγουσας να συνεχίσει η αναθέτουσα αρχή να προμηθεύεται έτοιμο ιατρικό οξυγόνο από την ίδια ή και από την ίδια, δεν συνιστούν έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής κατά την έννοια του νόμου, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι τα ως άνω μπορούν να ελεγχθούν και ως αντίθετα στις αρχή της ελευθερίας ανάπτυξης οικονομικής δραστηριότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού στην αγορά. Ειδικότερα δε

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

η προσφεύγουσα, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται, στερείται εννόμου συμφέροντος να πλήξει και ματαιώσει τον *παρόντα* διαγωνισμό για την προμήθεια του *παρόντος* είδους κατά του οποίου φέρεται η *παρούσα* προσφυγή, προκειμένου να υποχρεωθεί -εκ των πραγμάτων- η αναθέτουσα αρχή να προκηρύξει *άλλο* διαγωνισμό για την προμήθεια *άλλου* είδους ήτοι έτοιμου ιατρικού οξυγόνου αντί της μονάδας παραγωγής ιατρικού οξυγόνου. Συνεπώς, ουδέν άμεσο συμφέρον επικαλείται η προσφεύγουσα για την ακύρωση των πλησσομένων όρων, της διακήρυξης και της διαδικασίας προμήθειας διότι η προσδοκώμενη ωφέλειά της δεν είναι άμεση συνέπεια της ακύρωσης της διακήρυξης (παρούσα πλησσομένη πράξη). Αλλά αντίθετα η προσφεύγουσα προσδοκά ωφέλεια από άλλη απώτερη και δη πιθανολογούμενη μελλοντική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ήτοι να διακηρύξει προμήθεια διαφορετικού είδους (ιατρικού οξυγόνου). Και αντιστρόφως, ουδεμία άμεση βλάβη από την πλησσομένη διακήρυξη υφίσταται η προσφεύγουσα από την πλησσομένη διακήρυξη, καθόσον εξ ορισμού δεν μπορεί να συμμετάσχει στον οικείο διαγωνισμό αφού δεν προσφέρει το υπό προμήθεια είδος. Ειδικότερα, είναι απορριπτέοι και μη δυνάμενοι να βασίσουν παραδεκτά έννομο συμφέρον, όλοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής περί της καθαρότητας, της επικινδυνότητας, της ακαταλληλότητας της ασυμβατότητας με τις υπάρχουσες δομές του νοσοκομείου, περί του φερόμενου σημαντικού κόστους παραγωγής του ιατρικού οξυγόνου που θέλει παραχθεί από την υπό προμήθεια μονάδα παραγωγής, περί της δυνατότητας ή όχι χορήγησης αυτού σε ασθενείς με COVID, περί της επικίνδυνης ανάμειξης του μέλλοντος να παραχθεί οξυγόνου με έτοιμο ιατρικό οξυγόνο, περί του γεγονότος ότι η υπό προμήθεια μονάδα παραγωγής είναι άγνωστη στην ίδια, περί της εκτίμησής της ότι το μέλλον να παραχθεί οξυγόνο θα παράγεται παράνομα με κίνδυνο της δημόσιας υγείας και θα χορηγείται στους ασθενείς αντίθετα από την ιατρική δεοντολογία, εις βάρος της υγείας τους. Και τούτο διότι στηρίζονται, ενέχουν και σχετίζονται με την εσφαλμένη εκδοχή της προσφεύγουσας ότι το προς προμήθεια προϊόν είναι το ιατρικό οξυγόνο, *quod non*. Συγχρόνως, πουθενά η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται η αποκλείεται η συμμετοχή της από την διαγωνισμό επειδή ακριβώς οι πλησσομένοι όροι της διακήρυξης και η διακήρυξη εν συνόλω κατατείνουν στην προμήθεια μονάδος παραγωγής ανεπαρκούς ή και παρανόμου ιατρικού

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

οξυγόνου. Ούτε ισχυρίζεται ότι εάν αντ' αυτού, η υπό προμήθεια μονάδα παραγωγής παρήγαγε φθηνότερο κατά το κοστολόγιο, καθαρότερο, και ποιοτικότερο ιατρικό οξυγόνο, η ίδια θα μπορούσε να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, και κωλύεται ή αποκλείεται η συμμετοχή της επειδή ακριβώς το παραχθησόμενο οξυγόνο κοστίζει ακριβά στην αναθέτουσα, αρχή είναι παράνομο, φέρει προσμείξεις θέτει σε κίνδυνο το εσωτερικό σύστημα διανομής οξυγόνου και την υγεία των ασθενών (covid ή μη). Ανεξαρτήτως αυτού επί πλέον οι παραπάνω ισχυρισμοί είναι και απαράδεκτοι καθόσον προβάλλονται: i) Εκ συμφέροντος τρίτου δηλαδή εκ συμφέροντος της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, καθόσον αφορά στο -φερόμενο δαπανηρότατο- κόστος παραγωγής του ιατρικού οξυγόνου σε σχέση με το -φερόμενο χαμηλό- κόστος αγοράς έτοιμου ιατρικού οξυγόνου από την αγορά, και ii) Εκ συμφέροντος του Δημοσίου και κάθε μέλλοντος να ασθενήσει και να νοσηλευθεί στην αναθέτουσα αρχή, καθόσον αφορά την φερόμενη ακαταλληλότητα και επικινδυνότητα του παραχθησόμενου ιατρικού οξυγόνου, και iii) Απαραδέκτως πλήσσουν την σκοπιμότητα της υπό κρίση προμήθειας επί τη βάσει αόριστων και αναπόδεικτων ισχυρισμών επί τω ρητώ τέλει όπως η αναθέτουσα αρχή συνεχίσει να προμηθεύεται το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο της προσφεύγουσας, ήτοι επί σκοπώ εξυπηρέτησης των ατομικών δικών της οικονομικών εμπορικών και επιχειρηματικών συμφερόντων και μόνον. Ειδικότερα, είναι άνευ ετέρου απορριπτέοι όλοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής περί του τι ακριβώς πρέπει ή δεν πρέπει -κατά την άποψή της- να περιλαμβάνει η τεχνο-οικονομική και υγειονομική έκθεση σκοπιμότητας της προμήθειας γεννήτριας οξυγόνου και δη συγκριτικά με την προμήθεια έτοιμου ιατρικού οξυγόνου. Οι ισχυρισμοί είναι απαράδεκτοι καθόσον δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας ούτε η ΑΕΠΠ έχει δικαιοδοσία να κρίνει την επάρκεια ή μη της έκθεσης σκοπιμότητας της προμήθειας αυτή καθ' εαυτή και iv) Ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δυνάμει συγκεκριμένης διάταξης νόμου, η διακήρυξη πρέπει επί ποινή ακυρότητος να διαλαμβάνει ότι οι προμηθευτές μονάδας παραγωγής ιατρικού οξυγόνου (μηχάνημα-γεννήτρια οξυγόνου) οφείλουν να κατέχουν και τις προβλεπόμενες αδειοδοτήσεις παραγωγής και εμπορικής διακίνησης έτοιμου ιατρικού οξυγόνου (αέριο ή υγρό), παρότι μάλιστα οι ίδιοι ούτε παράγουν ούτε εμπορεύονται ιατρικό οξυγόνο, ενώ v) Εξ άλλου είτε η παρούσα διακήρυξη είχε περιλάβει

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

απαιτήσεις κατοχής αδειών και πιστοποιήσεων παραγωγής και εμπορίας οξυγόνου είτε όχι, σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα δεν θα μπορούσε να λάβει μέρος στην παρούσα διαδικασία, καθόσον δεν προτίθεται να μετάσχει του διαγωνισμού και να προσφέρει μονάδα παραγωγής ιατρικού οξυγόνου. Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και άνευ εννόμου συμφέροντος και όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ούτε η αναθέτουσα αρχή (το Νοσοκομείο) ούτε οι επίδοξοι προμηθευτές του αντικείμενου της προμήθειας δεν κατέχουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις παραγωγής και εμπορικής κυκλοφορίας έτοιμου ιατρικού οξυγόνου, και ότι κατά τούτο βλάπτεται και η αρχή της ίσης μεταχείρισης καθόσον η ίδια κατέχει τις αναφερόμενες άδειες. Και τούτο διότι: ι) Δεν νοείται η ίδια η αναθέτουσα αρχή να θέτει με την διακήρυξη στον εαυτό της, απαιτήσεις που να πρέπει να εκπληρώνει η ίδια, ούτε σε σχέση με το υπό προμήθεια είδος (μονάδα παραγωγής οξυγόνου), ούτε σε σχέση με το προϊόν που θα παράγει το υπό προμήθεια είδος (ιατρικό οξυγόνο) και ιι) Δεν νοείται αλλά αποκλείεται ως απαράδεκτη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης σε ανόμοιες ομολογούμενες διαφορετικές καταστάσεις. Ήτοι απαράδεκτως η προσφεύγουσα, χωρίς να επικαλείται συγκεκριμένη εφαρμοστέα εν προκειμένω διάταξη νόμου, ισχυρίζεται ότι εφόσον η ίδια που παράγει με σκοπό μεταπώλησης και εμπορεύεται στην αγορά ιατρικό οξυγόνο είναι υποχρεωμένη να κατέχει συγκεκριμένες αδειοδοτήσεις, επομένως τις ίδιες ακριβώς αδειοδοτήσεις οφείλει να προβλέψει η διακήρυξη και για το Νοσοκομείο το οποίο όμως δεν πρόκειται να παράγει ιατρικό οξυγόνο με σκοπό την εμπορική του διακίνηση αλλά και για τους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι όμως ούτε παράγουν ούτε εμπορεύονται ιατρικό οξυγόνο αλλά μονάδες παραγωγής ιατρικού οξυγόνου. Ειρήσθω δε ότι όλως αντιθέτως εάν η διακήρυξη περιείχε τέτοιο όρο τότε θα ήταν ελεγκτέος ως μη ανάλογος με το αντικείμενο της προμήθειας. Συνεπώς, απαράδεκτως η προσφεύγουσα επικαλείται την αρχή της ίσης μεταχείρισης καθόσον τούτο προϋποθέτει την άνιση μεταχείριση όμοιων καταστάσεων ενώ, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα η οποία παράγει και εμπορεύεται στην αγορά ήτοι πωλεί σε τρίτους έτοιμο ιατρικό οξυγόνο δεν εξισώνεται ως προς θεσμικό πλαίσιο με το Νοσοκομείο που θα παράγει το ίδιο προϊόν μόνο του για δικό του λογαριασμό, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν εξισώνεται ως προς το θεσμικό πλαίσιο

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

των απαιτούμενων αδειοδοτήσεων ούτε με τους προμηθευτές μονάδων παραγωγής ιατρικού οξυγόνου, ούτε οι εκ του νόμου πιστοποιήσεις των μονάδων παραγωγής οξυγόνου (απτού αντικειμένου) ταυτίζονται με τις πιστοποιήσεις και άδειες του παραγωγού του είδους ιατρικό οξυγόνο (επιχείρηση), όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, και από τις επικαλούμενες στην προσφυγή διατάξεις του νόμου, προκύπτει ότι αυτές εφαρμόζονται αφορούν και καταλαμβάνουν όσους παράγουν ιατρικό οξυγόνο και το διαθέτουν (=πωλούν) στην αγορά, και όχι όσους πωλούν στην αγορά μονάδες παραγωγής (γεννήτριες) ιατρικού οξυγόνου. Για τους λόγους αυτούς είναι απαράδεκτος άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος και απορριπτέος ο πρώτος λόγος της προσφυγής. Επί πλέον, είναι απορριπτέοι και όλοι οι ισχυρισμοί του πρώτου λόγου της προσφυγής ότι η διακήρυξη είναι ακυρωτέα διότι δεν προέβλεψε ότι το Νοσοκομείο και οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να κατέχουν αδειοδοτήσεις του ΕΟΦ σχετικά με την εμπορική διακίνηση έτοιμου ιατρικού οξυγόνου. Και τούτο δεδομένου ότι αλυσιτελώς στηρίζεται στην διπλή εσφαλμένη προϋπόθεση ότι το υπό προμήθεια είδος είναι το έτοιμο ιατρικό οξυγόνο και ότι το Νοσοκομείο και οι διαγωνιζόμενοι εμπορεύονται έτοιμο ιατρικό οξυγόνο (*quod non*). Συγκεκριμένα, απαράδεκτως αβασίμως και χωρίς έρεισμα στον νόμο -τον οποίο αλυσιτελώς επικαλείται- η προσφεύγουσα φέρεται να ισχυρίζεται ότι η υλική πράξη της χορήγησης φαρμάκου-ιατρικού οξυγόνου σε ασθενή στα πλαίσια της νοσηλείας του αποτελεί εμπορική διακίνηση του φαρμάκου από το νοσοκομείο προς τον ασθενή. Ο ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθόσον ίδια το Νοσοκομείο δεν πωλεί μεμονωμένα φάρμακα στους μεμονωμένους ασθενείς που περιθάλπει, και μάλιστα δεν προβαίνει ούτε σε λιανική ούτε σε χονδρική πώληση φαρμάκων ούτε προς τους ασθενείς ούτε προς ουδένα (βλ. έννοια κλειστού νοσηλίου στην επίσημη ηλεκτρονική σελίδα του Υπουργείου Υγείας <https://www.moh.gov.gr/articles/health/domes-kai-draseis-gia-thn-ygeia/kwdikopoihseis/709-kleista-enopoihmena-noshlia-1>). Σε κάθε δε περίπτωση είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι παρανόμως σε παράβαση της φαρμακευτικής και υγειονομικής νομοθεσίας το Νοσοκομείο θα λειτουργεί μελλοντικά την υπό προμήθεια μονάδα παραγωγής οξυγόνου, και θα παράγει τελικό προϊόν φάρμακο ιατρικό οξυγόνο το οποίο δεν θα πληροί τις προϋποθέσεις του

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

νόμου και θα είναι ακατάλληλο για χορήγηση στους ασθενείς και δη στους ασθενείς με COVID, και μάλιστα με κινδύνους ανάφλεξης και πυρκαγιάς, και με προσμείξεις τις οποίες οφείλει να ελέγχει ο θεράπων ιατρός και ο φαρμακοποιός του Νοσοκομείου, και να τροποποιούν τις θεραπείες των ασθενών, και με κινδύνους ασυμβατότητας του εσωτερικού δικτύου διανομής του οξυγόνου από τις δεξαμενές του Νοσοκομείου μέχρι τις κλίνες των ασθενών, καθώς και ασυμβατότητας των υφιασταμένων μηχανημάτων οξυγόνωσης με το οξυγόνο που θα παραχθεί, αλλά και με απαγορευμένη ανάμειξη του έτοιμου ιατρικού οξυγόνου που προμηθεύει η προσφεύγουσα με το ιατρικό οξυγόνο που θα παραχθεί από το Νοσοκομείο. Οι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι διότι δεν συσχετίζονται με την παρούσα διαγνωστική διαδικασία προμήθειας του συγκεκριμένου αντικειμένου γεννήτρια οξυγόνου, αλλά με τους όρους, συνθήκες περιστάσεις και τρόπους λειτουργίας της υπό προμήθεια γεννήτριας οξυγόνου από τη αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο που όχι μόνο έπεται του παρόντος διαγνωστικού σταδίου εφ' ού μόνου έχει αρμοδιότητα η ΑΕΠΠ, αλλά έπεται και του σταδίου της εκτέλεσης της σύμβασης που θα συναφθεί, και αναφέρεται στο στάδιο της λειτουργίας του υπό προμήθεια είδους από το Νοσοκομείο. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αμφισβητεί την νομιμότητα λειτουργίας του Νοσοκομείου αυτού καθ' εαυτού, το οποίο εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ. Εξ άλλου άπαντες οι ισχυρισμοί κατατείνουν στην ευδοκίμηση του ισχυρισμού ότι μόνον το διατιθέμενο υπευθύνως από τον παραγωγό έτοιμο ιατρικό οξυγόνο παραμένει προκριτέο ενώ το μέλλον να παραχθεί από το Νοσοκομείο είναι απορριπτέο (βλ. πρώτος λόγος της προσφυγής). Όμως παραμένουν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι περαιτέρω απαράδεκτοι καθόσον συσχετίζονται με την σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή της προμήθειας έτοιμου ιατρικού οξυγόνου ή μονάδας παραγωγής οξυγόνου, και για τον λόγο αυτό είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος και ο σχετικός δεύτερος λόγος της προσφυγής. Επίσης, είναι απορριπτέος ο τρίτος λόγος της προσφυγής καθόσον βασίζεται εξ ολοκλήρου επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι το υπό προμήθεια είδος είναι έτοιμο ιατρικό οξυγόνο. Περαιτέρω, δεν αναφέρεται ούτε πάντως προκύπτει από τον νόμο, ο νόμιμος εκείνος λόγος για τον οποίο το Νοσοκομείο φέρεται στην προσφυγή, ότι έπρεπε να προκηρύξει ένα και μόνο διαγωνισμό τόσο για την προμήθεια έτοιμου ιατρικού οξυγόνου όσο και για την προμήθεια μονάδας

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

παραγωγής οξυγόνου και εν συνεχεία να συγκρίνει μεταξύ τους τα ανόμοια αυτά είδη και να αποφασίσει να προμηθευτεί το ένα ή το άλλο. Εξ άλλου, χωρίς έννομο συμφέρον και χωρίς ζημία και αλυσιτελώς προβάλλεται και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής περί ακύρωσης των όρων της διακήρυξης επειδή προβλέπονται συντετημημένες προθεσμίες υποβολής προσφορών. Ο λόγος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης δεδομένου ότι ως ανωτέρω εκτενώς παρατίθεται η προσφεύγουσα ούτε δραστηριοποιείται στην προμήθεια μονάδων παραγωγής οξυγόνου ούτε δηλώνει ότι προτίθεται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό με κατάθεση προσφοράς μονάδος παραγωγής ιατρικού οξυγόνου που είναι το αντικείμενο της προμήθειας. Περαιτέρω, ο τέταρτος λόγος προβάλλεται και αλυσιτελώς δεδομένου ότι κατά την προσφυγή η προμήθεια αυτή καθ' εαυτή αντίκειται στον νόμο και την δημόσια υγεία είναι ευθέως παράνομη, ανέφικτη επικίνδυνη. Κατά τρόπον ώστε, εκ των υπέρτερων αυτών λόγων τους οποίους επικαλείται η προσφεύγουσα να μην μπορεί συγχρόνως να προκύπτει επί πλέον και φερόμενη ζημία της από την σύντμηση των προθεσμιών του διαγωνισμού. Και τούτο καθώς -και ανεξαρτήτως προθεσμιών- καθίσταται αόριστος λόγω της αντιφατικότητάς του ο ισχυρισμός ότι λόγω της σύντμησης των προθεσμιών του διαγωνισμού η προσφεύγουσα εμποδίσθηκε να συμμετάσχει στην διαδικασία για την προμήθεια αντικειμένου που η ίδια δηλώνει ότι δεν προμηθεύει και η προμήθεια του οποίου δηλώνει ότι είναι ευθέως παράνομη επικίνδυνη επισύρουσα ποινικές διοικητικές και αστικές ευθύνες. Για τον ίδιο λόγο είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής αόριστος λόγω αντιφατικότητας και απαράδεκτος και ο πέμπτος λόγος της προσφυγής με τον οποίο η προσφεύγουσα αμφισβητεί και ζητά την ακύρωση της διακήρυξης κατά το μέρος που προβλέπει ότι η 10ετής συντήρηση της υπό προμήθεια γεννήτριας οξυγόνου αναλαμβάνεται μόνον από τον προμηθευτή αυτής. Η προσφεύγουσα βασίζει το έννομο συμφέρον της στον ισχυρισμό ότι λόγω του συγκεκριμένου όρου αποκλείεται του διαγωνισμού ως προς το αντικείμενο της 10ετούς συντήρησης, για το οποίο θα μπορούσε να καταθέσει προσφορά. Ωστόσο όμως, η προσφεύγουσα δια μακρών στην προσφυγή αιτιάται όχι μόνο το συγκεκριμένο αντικείμενο του διαγωνισμού ήτοι την επίμαχη μονάδα παραγωγής ιατρικού οξυγόνου αλλά ακόμη και την λειτουργία του ως επικίνδυνη (κίνδυνος πυρκαϊάς), ασύμβατη με το εσωτερικό σύστημα

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

διανομής οξυγόνου του νοσοκομείου και τα μηχανήματα οξυγόνωσης, διενεργούμενη άνευ των προβλεπόμενων αδειών και πιστοποιήσεων, αλλά και έτι περαιτέρω ως ευθέως παράνομο και επικίνδυνο ακόμη και το παραγόμενο από την μονάδα ιατρικό οξυγόνο. Συνεπώς, καθίσταται αόριστος λόγω αντιφατικότητας και απορριπτέος ο 5^{ος} λόγος της προσφυγής καθόσον παρά ταύτα, όμως εν τέλει φέρεται να προσφέρεται να αναλάβει την συντήρηση του κατά την ίδια παράνομου και επικίνδυνου μηχανήματος το οποίο θα παράγει παρανόμως άνευ αδειοδοτήσεων και πιστοποιήσεων οξυγόνο, επικίνδυνο για την υγεία των ασθενών. Ήτοι δεν προκύπτει σαφώς ρητώς και συγκεκριμένα το έννομο συμφέρον και η βλάβη της προσφεύγουσας και ίδια ότι αποκλείεται του διαγωνισμού λόγω του πλησσόμενου όρου. Αντίθετα η προσφεύγουσα επικαλείται άλλους, προτασσόμενους και υπέρτερους λόγους νομιμότητας της προμήθειας και λειτουργίας του μηχανήματος, το οποίο μηχανήμα, όλως αντιφατικώς ισχυρίζεται ότι επιθυμεί να συντηρεί επί 10 έτη, συντελώντας επομένως και στην τέλεση των φερομένων αδικημάτων τα οποία ιστορεί ότι επισύρουν *ποινικές διοικητικές και αστικές* ευθύνες. Συγχρόνως, δεν ιστορείται στην προσφυγή για ποιόν συγκεκριμένο λόγο ο πλησσόμενος όρος της διακήρυξης είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί. Περαιτέρω, παρίσταται ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης προβαλλόμενος και ο 6ος λόγος της προσφυγής. Και τούτο καθόσον, ακόμη και σε περίπτωση ευδοκίμησης αυτού, και ακύρωσης των πλησσόμενων όρων της διακήρυξης περί τεχνικής επάρκειας και δη τεχνικής εμπειρίας, κατά παραδοχή του συγκεκριμένου λόγου της προσφυγής, όμως, κατόπιν της απόρριψης των παραπάνω λόγων της προσφυγής, και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα κατ' επιλογή της δεν υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, επομένως, άνευ βλάβης -υπό τις περιστάσεις- στρέφεται κατά των παραπάνω όρων της διακήρυξης περί του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, από την ακύρωση των οποίων ουδεμία ωφέλεια μπορεί να προσδοκά και ουδεμία βλάβη δύναται να υποστεί. Επ' αυτού έχει *ad hoc* κριθεί ότι εφόσον ο προσφεύγων δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό με τον ισχυρισμό ότι ορισμένοι όροι απέκλειαν την συμμετοχή του, και εφόσον κριθούν απορριπτέοι οι λόγοι που βάλουν κατά ενός έστω από τους όρους αυτούς, ο αιτών στερείται πιά εννόμου συμφέροντος να βάλει κατά των λοιπών, αφού ούτως ή άλλως ο όρος αυτός που ίσταται ισχυρός

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

καθιστά πιά αδύνατη κατά τους ισχυρισμούς του τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (βλ. Φ. Αρναούτογλου *Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010*, 2^η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 99, και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣΤΕ). Εν προκειμένω, και δεδομένου ότι κατόπιν της απόρριψης όλων των λόγων της προσφυγής, κατά όρων που φέρονται ότι αποκλείουν την προσφεύγουσα του διαγωνισμού στο οποίο επέλεξε όπως μη υποβάλει προσφορά, παρέπεται ότι ουδεμία βλάβη μπορεί -υπό τις περιστάσεις- να υποστεί ούτε ωφέλεια να αποκομίσει από την ακύρωση των πλησσομένων όρων περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Έχει συναφώς *ad hoc* κριθεί ότι: «...Επειδή, μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των ισχυρισμών της αιτούσης των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, σύμφωνα με όσα η ίδια υποστηρίζει, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό ... είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι οι λόγοι της αιτήσεως που βάλλουν κατά άλλων τεχνικών προδιαγραφών...» (πρβλ. Ε.Α. 829, 621/2009). Περαιτέρω, ενόψει του ότι η συμμετοχή της αιτούσης στο διαγωνισμό καθίσταται, κατά τα ανωτέρω, αδύνατη και για τις τρεις πιο πάνω κατηγορίες εξοπλισμού, ο λόγος της αιτήσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι ο πίνακας της διακήρυξης που καθορίζει τα κριτήρια αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων αντιβαίνει στη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 1 του προμνησθέντος Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών ΟΤΑ προβάλλεται ομοίως αλυσιτελώς...» (ΣΤΕ ΑΣΦ 1354/2009), και περαιτέρω ότι «...Επειδή, η αιτούσα ισχυρίζεται, περαιτέρω, ότι στην προδιαγραφή 11 του είδους 36 δεν καθίσταται σαφές εάν η επιφάνεια κατάκλισης της τράπεζας πρέπει να κινείται ηλεκτρικά ή χειροκίνητα και ότι η ασάφεια αυτή επιτρέπει την προσφορά τραπεζών υποδεέστερης τεχνολογίας που χρησιμοποιούν μηχανική κίνηση. Ο λόγος αυτός, ...είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των λόγων των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης (προδιαγραφές 1, 3 και 4 του είδους 36) που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, κατά την αιτούσα, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό για το εν λόγω είδος (πρβλ. Ε.Α. 691/2009)....» (ΣΤΕ 829/2009, βλ. και ΔΕΦΧανίων 229/2019 που επικυρώνει την απόφαση ΑΕΠΠ 798-799-800/2018). Συνεπώς, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης ο λόγος 6ος της

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

προσφυγής καθόσον ουδεμία άμεση προσωπική και πραγματική βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα, ούτε ωφέλεια μπορεί να προσδοκά από την ακύρωση των επίμαχων όρων περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, καθόσον μάλιστα εν προκειμένω η προσφεύγουσα, εξ ορισμού και ανεξαρτήτως των πλησσομένων όρων, δεν δύναται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό καθόσον δεν προσφέρει το υπό προμήθεια είδος αλλά ούτε και προέκυψε έννομο συμφέρον της ως προς το τμήμα ου διαγωνισμού που αφορά στην συντήρηση αυτού. Επομένως, για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέα η υπό κρίση προσφυγή ως απαράδεκτη, άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα, αλυσιτελής και άοριστη, ως έχει *ad hoc* κριθεί στις αποφάσεις ΑΕΠΠ 798-799-800/2018 Εισηγήτρια Χ. Χαραλαμποπούλου, 1346/2019 Εισηγήτρια Ε. Σωτηροπούλου, 607/2019 Εισηγήτρια Μ.Ε. Σιδέρη, 135-136/2020 Εισηγήτρια Ε. Αλαγιαλόγλου. Ως επίσης έχει *ad hoc* κριθεί από την νομολογία των Δικαστηρίων, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη η αίτηση αναστολής όταν η αιτούσα είναι τρίτη σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον δεν ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον ένδικο διαγωνισμό και να διεκδικήσει την ανάθεση της προμήθειας, η οποία αφορά σε μονάδες παραγωγής οξυγόνου και όχι στο έτοιμο οξυγόνο που αποτελεί αντικείμενο της δραστηριότητάς της, ούτε συντρέχει περίπτωση αδυναμίας συμμετοχής της στον ένδικο διαγωνισμό λόγω των όρων των τευχών δημοπράτησης που καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος, ουδόλως δε τίθεται ζήτημα προκήρυξης νέου διαγωνισμού με όμοιο αντικείμενο. Αντίθετα, η αιτούσα προσβάλλει τη διαγωνιστική διαδικασία κατά το αντικείμενό της, όπως καθορίστηκε με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου και προσδιορίζεται στην ένδικη διακήρυξη, αποβλέποντας στην προκήρυξη ενός διαγωνισμού με διαφορετικό αντικείμενο, ήτοι με αντικείμενο την προμήθεια έτοιμου οξυγόνου ... Συνεπώς, η κρινόμενη αίτηση, ασκηθείσα ως αίτηση αναστολής ... είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη (ΔεφΘεσ/νίκης 32/2020, 39/2020 που επικυρώνουν την ΑΕΠΠ 135-136/2020). Σε κάθε περίπτωση, εφόσον κρίνεται το έννομο συμφέρον προσφυγής κατά διαγωνισμού, για τη στοιχειοθέτηση βλάβης δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, με αποτέλεσμα να στερείται εννόμου συμφέροντος η

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

προσβολή διακήρυξης εφόσον δεν γίνεται επίκληση των πραγματικών εκείνων περιστατικών (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών), τα οποία συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου προσφεύγοντος και αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. και σκέψεις 17-31 με εκτενή νομολογία, και *ad hoc* ΣτΕ 352/2018, ΔΕφΑθ 44/2015, Ε.Α. ΣτΕ 977, 965/2010, ΔΕφΑθ). Επομένως, κατά τα ως άνω εκτενώς αναφερόμενα, δεν προκύπτει η βλάβη που υφίσταται ή ενδέχεται να υποστεί η προσφεύγουσα από την πλησσομένη διαγωνιστική διαδικασία και τους όρους της διακήρυξης, ως προς τα οποία η προσφεύγουσα παραμένει τρίτη. Και τούτο καθώς ρητώς δηλώνει ότι αφ' ενός μεν δεν προμηθεύει το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης και αφ' ετέρου δε ότι υπέρτεροι λόγοι νομιμότητας θα την καθιστούσαν διοικητικά ποινικά και αστικά υπεύθυνη σε περίπτωση που θα αναλάμβανε την συντήρηση του επίμαχου μηχανήματος με αποτέλεσμα να μην προκύπτει το έννομο συμφέρον της ούτε για την ακύρωση του όρου της διακήρυξης περί της ανάληψης της συντήρησης του μηχανήματος από τον προμηθευτή αυτού. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη ελλείψει εννόμου συμφέροντος η προσφυγή, ως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, καθώς το έννομο συμφέρον ακύρωσης της διακήρυξης μπορεί να θεμελιωθεί μόνο επί τη επικλήσει βλάβης ή ενδεχόμενης βλάβης, και δη εφόσον παρέχεται ορισμένη ειδική και επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν ειδικώς και σαφώς τον υπάρχοντα ή επικείμενο κίνδυνο αποκλεισμού ή δυσχέρειας συμμετοχής στη διαδικασία, περιστάσεις που ούτε επικαλείται ούτε -πολύ λιγότερο-αποδεικνύει η προσφεύγουσα.

33. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

35. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

36. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 34, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει καταπέσει (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Αριθμός Απόφασης : 1029/2020

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 14-8-2020 και εκδόθηκε την 3-9-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ιωάννα Θεμελή

Η Γραμματέας

Γεωργία Δούγκα