

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής- λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 22.10.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1294/23-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του και των όρων της με αρ.διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε Δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση, προϋπολογισμού 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 161.290,32 ΦΠΑ : 38.709,68), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας. (α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ).

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, το ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό, αξίας €806,45.

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 22/10/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 23/10/2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί στο σύνολο της η με αρ.διακήρυξη του με την οποία προκηρύχθηκε Δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση, προϋπολογισμού 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 161.290,32 ΦΠΑ : 38.709,68), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και συνέχισης της διενέργειας του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση πρώτης Προσφυγής και την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

4. Επειδή το ως αναθέτουσα αρχή , με τη με αρ.Διακήρυξη του προκήρυξε δημόσιο άνω του ορίου ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια, εγκατάσταση και λειτουργία και συντήρηση ενός συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση της Οργανικής Μονάδας Έδρας του, προϋπολογισμού 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 161.290,32 ΦΠΑ : 38.709,68), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

οικονομική άποψη προσφορά βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 25-9-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 27-9-2019 δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30.10.2019 ημέρα Τετάρτη και ώρα 08.00, Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 04.11.2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 15.00. και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 08.11.2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 10.30.

5. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή κατά της επίμαχης Διακήρυξης, για τον λόγο ότι, ενώ διαθέτει νομίμως, φιάλες αερίου και δεξαμενές υγρού οξυγόνου, έχουσα προς τούτο λάβει και την απαιτούμενη άδεια κυκλοφορίας τους από τον ΕΟΦ, προϊόν το οποίο θα μπορούσε να διαθέσει και στην προκειμένη περίπτωση, καλύπτοντας πλήρως και νομίμως τις ανάγκες του Νοσοκομείου και του Κ.Υ. σε αέριο και υγρό οξυγόνο για τους ασθενείς τους, εντούτοις δρομολογείται, ως ισχυρίζεται μη νόμιμος διαγωνισμός, αφού επιδιώκεται η προμήθεια συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου άνευ της ειδικής άδειας παραγωγής, που χορηγεί ο ΕΟΦ υπό συγκεκριμένες

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

προϋποθέσεις, ώστε να αποκλείεται ευθέως από τη συγκεκριμένη προμήθεια καθώς η ίδια δεν διαθέτει τα δε προς προμήθεια μηχανήματα. Σε κάθε περίπτωση το ειδικότερο ζήτημα του εννόμου συμφέροντος της περί προβολής των συγκεκριμένων ισχυρισμών και δη όσον αφορά στη βλάβη της, θα κριθεί στο πλαίσιο της οριστικής εξέτασης της προσφυγής, δεδομένου ότι απαιτείται ενδελεχής έλεγχος των αιτιάσεων της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η παρεμβαίνουσα εταιρεία εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς κατέθεσε την υπό κρίση παρέμβαση της στις 25/10/2019 στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ αφού, η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 23/10/2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, η οποία σκοπεί στην απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και στη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως βλάπτεται από την αποδοχή της κρινόμενης προσφυγής, ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό με τον οποία επιδιώκεται η προμήθεια εξοπλισμού που η ίδια κατασκευάζει, διαθέτει και εμπορεύεται.

10. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η παρέμβαση παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«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».*

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

13. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

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

15. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

16. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της αιτείται την ακύρωση του υπόψη διαγωνισμού λόγω μη τήρησης της αρχής της νομιμότητας εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής. Προς ενίσχυση δε του ισχυρισμού της περί μη τήρησης της αρχής νομιμότητας, η προσφεύγουσα προβαίνει σε ενδελεχή ανάλυση των όρων και προϋποθέσεων που κατά την ίδια οφείλουν να τηρούνται για την παραγωγή αερίου οξυγόνου από μονάδες παραγωγής αερίου οξυγόνου που εγκαθίστανται σε νοσηλευτικά ιδρύματα της χώρας. Κατά την προσφεύγουσα, το αέριο οξυγόνο εμπίπτει στην έννοια του φαρμάκου. Επομένως, εφόσον, σύμφωνα με την Κ.Υ.Α. Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/29-4-2013 των Υπουργών Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και Υγείας (ΦΕΚ Β' 1049), με την οποία ενσωματώθηκαν οι ευρωπαϊκές Οδηγίες 2001/83/ΕΚ και 2011/62/ΕΕ, για την παραγωγή φαρμάκων απαιτείται ειδική άδεια του Ε.Ο.Φ., με τις αυστηρές και λεπτομερείς προϋποθέσεις των άρθρων 57 επόμε. της Κ.Υ.Α. (αντίστοιχα, άρθρα 40 επόμε. της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ) ασχέτως και ανεξαρτήτως δε εάν το φάρμακο ήθελε θεωρηθεί, ταυτόχρονα, και ιατροτεχνολογικό προϊόν (ΔΕΕ απόφαση της 3-10-

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

2013, C-109/2012, ΔΕφΘεσσ, όπ. παρ., σκέψη 3, ΔΕφΑΘ, όπ. παρ., σκέψη 22), ομοίως ισχύει και για την παραγωγή αερίου ιατρικού οξυγόνου. Με βάση την ανάλυση αυτή και με δεδομένο ότι στις εξαιρέσεις του άρθρου 4 της προαναφερθείσας Κ.Υ.Α. δεν υπάγονται τα δημόσια Νοσοκομεία, αλλά ούτε και κάποια άλλη, ειδική διάταξη προβλέπει κάτι διαφορετικό γι' αυτά, προκύπτει, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι και τα δημόσια Νοσοκομεία υπέχουν την υποχρέωση απόκτησης της ειδικής άδειας του άρθρου 57 προκειμένου να παράξουν φάρμακα, όπως είναι και το οξυγόνο, άδεια, όμως, την οποία, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της δεν διαθέτει το Νοσοκομείο, για το οποίο προορίζεται η προς προμήθεια Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου της επίμαχης Διακήρυξης.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αρ. 9940/31-10-2019 έγγραφο της σχετικά με τις απόψεις της επί της εξέτασης του αιτήματος αναστολής και προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με το οποίο ισχυρίζεται ότι το αίτημα πρέπει να απορριφθεί επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ποια συμφέροντά της θα ζημιωθούν εάν δεν ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού. Ως τέτοια δε δεν δύνανται να θεωρηθούν αυτά που συνδέονται με το γεγονός ότι η προμήθεια ιατρικών αερίων για την κάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου γίνεται από την ίδια στα πλαίσια άλλης σύμβασης προμήθειας, γιατί κάτι τέτοιο εκφεύγει του αντικειμένου της παρούσας διαφοράς. Επιπλέον υποστηρίζει ότι και στην περίπτωση που κριθεί ότι υπάρχουν συμφέροντα της προσφεύγουσας που ενδέχεται να ζημιωθούν, υπερτερεί έναντι όλων το δημόσιο συμφέρον, που υπαγορεύει την χωρίς καμία καθυστέρηση συνέχιση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, που θα έχει ως αποτέλεσμα να αυτονομηθεί σε μεγάλο βαθμό το Νοσοκομείο στην κάλυψη των αναγκών του σε αέριο οξυγόνο, για λόγους κυρίως οικονομίας, αλλά και βελτιστοποίησης των παρεχόμενων υπηρεσιών υγείας των ασθενών του Νομού

19. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υπεραμύνεται της νομιμότητας της διακήρυξης ισχυριζόμενη ότι σε αντίθεση με τα εκτεθέντα από την προσφεύγουσα, επισημαίνει και προσκομίζει το υπ' αριθμ. πρωτ. Α3(ν)/ΓΠ/οικ. 28260/15.04,2016 έγγραφο του Τμήματος Παροχών Υπηρεσιών Υγείας και

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

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, ως ισχυρίζεται, το έγγραφο αυτό παραπέμπει στο υπ' αριθμ. 23151/07.03.2016 έγγραφο του Ε.Ο.Φ., εκδούσα αρχή των αδειών παραγωγής και κυκλοφορίας φαρμάκων, σύμφωνα με το οποίο, στο τμήμα Β περί Συμπυκνωτών Οξυγόνου (Oxygen concentrators ή αλλιώς μονάδων παραγωγής οξυγόνου), ορίζεται ότι «η παραγωγή και ο χειρισμός των ιατρικών αερίων in situ στα νοσηλευτικά ιδρύματα για την αποκλειστική κάλυψη των αναγκών του ίδιου του ιδρύματος δεν καλύπτεται από την ως άνω αναφερόμενη νομοθεσία περί κανόνων καλής παραγωγής των φαρμακευτικών προϊόντων (2003/94/EC και EU Good Manufacturing Practice), αλλά αποτελεί αποκλειστική ευθύνη του κάθε νοσοκομείου». Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, 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.

20. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή περί παραβίασης της αρχής της νομιμότητας που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, πλην χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών των μερών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων περί της υποχρέωσης ή μη απόκτησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της ειδικής άδειας του άρθρου 57 της ΚΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας προς την αντίστοιχη νομοθεσία της Ε.Ε. στον τομέα της παραγωγής και της κυκλοφορίας φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 2001/83/ΕΚ Οδηγία

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

(L 311/28.11.200), όπως ισχύει και όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2011/62/ΕΕ...» (ΦΕΚ Β΄ 1049/29-4-2013), εκκρεμούντων και των σχετικών απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

21. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, δεδομένης και της φύσης της εξέτασης περί προσωρινών μέτρων, ως και του τυχόν αποτελέσματός της, η οποία εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή. Προς τούτο, δεν υφίσταται λόγος να εξαχθεί το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας περί άσκησης της υπό κρίση προσφυγής, ήτοι δεν χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως του περί λήψης προσωρινών μέτρων. Αντίθετα, στο παρόν στάδιο αρκεί, να μην υφίσταται πρόδηλος, ευχερώς εντοπίσιμος και εξαρχής αποδεικνυόμενος λόγος εκ του οποίου προκύπτει πως η προσφυγή είναι άνευ ετέρου εν όλω απαράδεκτη β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η διατήρηση της προσβαλλόμενης δια της προσφυγής διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επικαλείται αντίθεση της στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό γ) ο προβαλλόμενος λόγος δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμος και δ) η αναθέτουσα αρχή αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής, επικαλούμενη μεταξύ άλλων το δημόσιο συμφέρον που υπαγορεύει την χωρίς καμία καθυστέρηση συνέχιση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας για λόγους κυρίως οικονομίας, αλλά και βελτιστοποίησης των παρεχόμενων υπηρεσιών υγείας των ασθενών του Νομού Σε κάθε περίπτωση λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τις απαιτήσεις του νόμου. Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

22. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, της παρεμβαίνουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν πράγματι η αναθέτουσα αρχή υπέχει την υποχρέωση απόκτησης της ειδικής άδειας του άρθρου 57 της ΚΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 προκειμένου να παράξει φάρμακα, όπως είναι και το οξυγόνο, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της προσβαλλόμενης διακήρυξης κατά την εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

23. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής

Αριθμός Απόφασης : Α497/2019

Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό.

24. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα την αποσφράγιση των προσφορών, που θα υποβληθούν έως την οριζόμενη από την οικεία διακήρυξη καταληκτική ημεροχρονολογία, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 31 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ ΓΙΩΤΗ