

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.09.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1223/06.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων της Εταιρείας με την επωνυμία «... ..» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ...-..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. πρωτ. .../2022 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΚΗΜΔΗΣ την 18.08.2022 με ΑΔΑΜ: ..., δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης μονάδας τεχνητού νεφρού (CPV: ... -...) συνολικού προϋπολογισμού 177.800,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, κατά το μέρος που προσβάλλεται καθώς και κάθε άλλη συναφής

μεταγενέστερη ή προγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 889,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 177.800,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. .../2022 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης μονάδας τεχνητού νεφρού (CPV: ...-...) συνολικού προϋπολογισμού 177.800,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 18.08.2022 με ΑΔΑΜ : ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV

Αριθμός Απόφασης : 1498 /2022

του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 05.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18.08.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά τα ως άνω.

5. Επειδή, με την υπ' αρ. 1758/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή, στις 08.09.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α 664/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 21.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 2175/20.09.2022 απόψεις της προς την ΕΑΔΗΣΥ και προς όλους τους συμμετέχοντες.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 26.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημα της για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Η βλάβη αυτή που επικαλείται ο προσφεύγων, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να ανάγεται σε συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά αφορώντα τη νομική ή την πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος, που αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, *Δημήτριο Γ. Ράικο*, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 762, με τις εκεί παραπομπές).

10. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, καθότι η προσφεύγουσα είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον οικείο κλάδο και προμηθεύοντας δημόσια νοσοκομεία με φίλτρα τεχνητού νεφρού και πληροί το σύνολο των νόμιμων όρων της διακήρυξης. Πλην όμως, αν και εμπορεύεται φίλτρα με συνθετική μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης (ή πολυαιθεροσουλφόνης) του μαλαισιανού κατασκευαστικού οίκου Vital Healthcare Sdn.Bhd., τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE και ISO εν ισχύ, δεν μπορεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό για τα ως άνω είδη δεδομένου ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της δεν ανήκει σε κάποιον από τους εμπορικούς τύπους που απαιτείται γι' αυτά. Δεδομένων των ανωτέρω θεμελιώνεται πλήρως το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, καθώς πληροί κατά τα λοιπά τις προϋποθέσεις συμμετοχής της στο διαγωνισμό, ωστόσο η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττομένων όρων αδικαιολόγητα περιοριστικών. Επισημαίνεται επίσης ότι

για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της προσφεύγουσας για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10), ενώ δεν απαιτείται η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητα που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας [βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.].

12. Επειδή ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣτΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών (ΣτΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείονται όλοι οι πιθανοί προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με ευρωπαϊκά ή εθνικά πρότυπα ή μονογραφίες, που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 61/2018).

13. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣτΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από τον νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣτΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος Ι, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ .158). Ωστόσο, δεδομένου ότι οι λόγοι βάσει των οποίων επελέγησαν οι δεδομένες προδιαγραφές από την αναθέτουσα αρχή, εμπίπτουν στο πεδίο της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής, η οποία δύναται να ελεγχθεί μόνο σε επίπεδο υπέρβασης άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, ήτοι υπέρβασης του αναγκαίου μέτρου για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), δια της εξέτασης της αιτιολογίας που είτε δύναται να συναχθεί από την ίδια τη Διακήρυξη ως προς τη θέσπιση συγκεκριμένων προδιαγραφών είτε οφείλει να αποστείλει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή.

14. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της

διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.....gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

15. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, ΑθήναΚομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Αριθμός Απόφασης: 837 /2022 17 Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514). 28. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να

είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23).

16. Επειδή, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές αντιβαίνουν στη διάταξη της παρ. 4 του αρ. 54 και 75 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία απαγορεύεται να προσδιορίζεται το ζητούμενο είδος με μνεία συγκεκριμένου εμπορικού σήματος και/ή τύπου και ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής, καθώς και ότι στην όλως εξαιρετική περίπτωση που κάτι τέτοιο είναι επιτρεπτό θα έπρεπε η επίμαχη προδιαγραφή να συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο», έτσι ώστε να παρέχεται η δυνατότητα προσφοράς προϊόντων ισοδυνάμων με αυτά που προσδιορίζονται βάσει του εμπορικού τους σήματος. Συγκεκριμένα, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός έχει ως εξής:

«Με το νόμο 4412/2016 που ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο τις ευρωπαϊκές οδηγίες 2014/24 και 2014/25, επιχειρείται η διασφάλιση ότι οι δημόσιες προμήθειες είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό (σχετ. παρ. 1/Προοίμιο Οδηγίας 2014/24). Μέσο, δε, για τον σκοπό αυτό αποτελούν οι τεχνικές προδιαγραφές των ζητούμενων ειδών οι οποίες θα πρέπει να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο τέτοιο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης θα πρέπει επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω

στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. (σχετ. παρ. 74/Προοίμιο Οδηγίας 2014/24).

Έτσι προβλέπεται, συγκεκριμένα, στην παρ. 1 του ά. 18 Ν. 4412/2016 ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεση τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.». Επίσης, προβλέπεται στις παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 54 Ν. 4412/2016 ότι: «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά

δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο»...». Συνοπτικά, επομένως, η αναφορά σε συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης προϊόντα και, ακόμη, περισσότερο η παραπομπή σε εμπορικά σήματα απαγορεύεται εκτός εάν το αντικείμενο της σύμβασης δεν μπορεί να οριστεί επαρκώς χωρίς να γίνει κάποια τέτοια μνεία. Ακόμη, πάντως, και στην περίπτωση που ο προσδιορισμός του αντικειμένου της σύμβασης καθιστά αναγκαία την αναφορά σε συγκεκριμένες τεχνικές ή σήματα και, τότε, η σχετική μνεία πρέπει απαραίτητα να συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο», για να καθίσταται εμφανές ότι η εν λόγω παραπομπή στοχεύει, απλώς και μόνο, στον ευχερέστερο προσδιορισμό του αντικειμένου της σύμβασης και δεν παρεμποδίζει την προσφορά ομοειδών προϊόντων.

Τα ανωτέρω, δε, διαπιστώνονται και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 2/2014 της

ΕΑΑΔΗΣΥ με Θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών» προς τις αναθέτουσες αρχές, στην οποία αναφέρεται ότι: «Κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για την αναθέτουσα αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό όσο και για τους υποψηφίους. Τυχόν δε παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, είτε κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα. Ως εκ τούτου απαιτείται από τις αναθέτουσες αρχές ιδιαίτερη προσοχή κατά τη σύνταξη των διακηρύξεων και των ειδικότερων όρων αυτών.» (σελ.3/Κατευθυντήρια Οδηγία 2). «Δ) Αποφυγή συμπερίληψης στις τεχνικές προδιαγραφές όρων περιοριστικών συμμετοχής, όπως προϊόντων ορισμένης κατασκευής, παραγωγής ή γεωγραφικής προέλευσης Κατά βασική και ρητή επιταγή τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού δικαίου, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν επιτρέπεται να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής, ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα (“φωτογραφική περιγραφή”). Συνεπώς στη Διακήρυξη και ιδίως κατά τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών: • δεν επιτρέπεται η αναφορά συγκεκριμένου εμπορικού σήματος/ονομασίας.» (σελ.9/Κατευθυντήρια Οδηγία 2).

Επιπλέον, όπως αναφέρεται σχετικά και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης και ως εκ τούτου θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, να μην οι τιθέμενες απαιτήσεις να εξασφαλίζουν την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες αυτής θέτοντας πρόσθετες απαιτήσεις. Για τον λόγο αυτό άλλωστε και στο άρθρο 75 παρ. 1 του νόμου προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι

απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς και ότι όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και πρέπει να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Συνακόλουθα, κατά τις διατάξεις του άρθρου 54 οι οριζόμενες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φτάνουν σε τέτοιο επίπεδο ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, χωρίς ένας τέτοιος περιορισμός να είναι απολύτως αναγκαίος για την ομαλή εκτέλεση της σύμβασης και ειδικότερα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Ακριβώς για τους λόγους αυτούς, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων (ΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.α.). Άλλωστε, συνιστά κοινώς αποδεκτή αρχή ότι η διενέργεια διαγωνισμών με μοναδικό κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, σε αντιπαράθεση με αυτούς που υιοθετούν το κριτήριο της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνεπάγεται ότι τα ζητούμενα προϊόντα δεν διαφοροποιούνται ουσιωδώς εξ απόψεως τεχνικών χαρακτηριστικών και ιδιοτήτων, αλλά μόνο σε τιμή, με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να επιλέγει το πρώτο κριτήριο προσανατολιζόμενη στην προμήθεια του φθηνότερου υλικού (βλ. σχ. κατ. παρ. 9.1.). Αυτό ακριβώς συμβαίνει και στην υπό κρίση περίπτωση.

Εν προκειμένω, τα ζητούμενα προϊόντα, δηλαδή, τα φίλτρα τεχνητού νεφρού, μπορούσαν ευχερώς να προσδιοριστούν από την Αναθέτουσα Αρχή χωρίς να γίνει αναφορά σε συγκεκριμένους τύπους μεμβράνης, αλλά με μνεία στις ζητούμενες κατηγορίες τους (A2, B2 κ.λπ) που είναι και το προσδιοριστικό στοιχείο των φίλτρων. Πιο αναλυτικά, τα φίλτρα διακρίνονται, σε 6 κατηγορίες, A1, A2, B1, B2, Γ1 και Γ2, βάσει κυρίως του συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), του είδους και της επιφάνειας της μεμβράνης ως εξής: Στην κατηγορία A1 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν $IN\ VITRO\ Kuf > 20\ ml/mmHg/h/1.0\ m^2$, συνθετικές μεμβράνες (όπως high-flux polysulfone, polyacrylonitrile, polyethersulfone κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $< 1,5\ m^2$. Στην κατηγορία A2 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν $IN\ VITRO\ Kuf > 20\ ml/mmHg/h/1.0\ m^2$, συνθετικές μεμβράνες (όπως high- flux polysulfone, polyacrylonitrile,

polyethersulfone κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $> 1,5 \text{ m}^2$. Στην κατηγορία B1 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν $\text{IN VITRO } K_{uf} < 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0 m}^2$, συνθετικές μεμβράνες (όπως low-flux polysulfone, PMMA, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $< 1,5 \text{ m}^2$. Στην κατηγορία B2 υπάγονται τα φίλτρα που έχουν $\text{IN VITRO } K_{uf} < 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0 m}^2$, συνθετικές μεμβράνες (όπως low-flux polysulfone, PMMA, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $> 1,5 \text{ m}^2$. Στην κατηγορία Γ1 υπάγονται τα φίλτρα κυτταρινικής μεμβράνης επεξεργασμένης ή τροποποιημένης, (όπως κουπραμμώνιο, αιμοφάνη, SMC, τριοξεική κυτταρίνη, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $< 1,5 \text{ m}^2$. Στην κατηγορία Γ2 υπάγονται τα φίλτρα κυτταρινικής μεμβράνης επεξεργασμένης ή τροποποιημένης, (όπως κουπραμμώνιο, αιμοφάνη, SMC, τριοξεική κυτταρίνη, κ.α.) και επιφάνεια μεμβράνης $> 1,5 \text{ m}^2$.

Η αναφορά, επομένως, απλώς και μόνο στις κατηγορίες A2 και B2, αναφορά που, ούτως ή άλλως περιλαμβάνεται στην διακήρυξη, θα επέτρεπε και, ταυτόχρονα, θα επαρκούσε για τον καθορισμό των ζητούμενων υλικών. Είναι, λοιπόν, προφανές ότι ο περαιτέρω προσδιορισμός του ζητούμενου φίλτρου με μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή μεθόδου κατασκευής, όπως εν προκειμένω με μνεία συγκεκριμένου εμπορικού τύπου, συνιστά ευθεία παραβίαση της παρ. 4 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016. Άλλωστε ούτε η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε, κάνοντας σχετική μνεία στα έγγραφα της σύμβασης, ότι δεν μπορούσε να προσδιορίσει τα ζητούμενα είδη με άλλον τρόπο πέραν της αναφοράς σε συγκεκριμένα εμπορικά σήματα. Για να καταδειχθεί, δε, έτι περαιτέρω ότι η μνεία συγκεκριμένων εμπορικών τύπων αποτελεί πρόσθετη προδιαγραφή και όχι προσδιοριστικό στοιχείο του φίλτρου, αρκεί να πούμε ότι τυχόν μνεία μόνο του συγκεκριμένου τύπου μεμβράνης στην διακήρυξη, πχ. «ζητούνται 1.000 φίλτρα με μεμβράνη polyperhron», δεν θα αρκούσε για να γίνει αντιληπτό το τί είδους φίλτρα έπρεπε να προσφερθούν, δηλαδή, τί επιφάνειας και με τί συντελεστή υπερδιήθησης,, αφού τέτοια μεμβράνη μπορούν να διαθέτουν φίλτρα όλων των κατηγοριών A1, A2, B1 και B2, ήτοι, όλων των συντελεστών K_{uf} και όλων των επιφανειών. Αντιστρόφως, η απαίτηση για προσφορά «1.000 φίλτρων κατηγορίας A2» επιτρέπει να γίνει αντιληπτό ότι ζητούνται 1.000 φίλτρα, συνθετικής

μεμβράνης, με συντελεστή IN VITRO Kuf > 20 ml/mmHg/h/1.0 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m².

Είναι, άλλωστε, χαρακτηριστικό ότι τα φίλτρα, σε πληθώρα άλλων διακηρύξεων νοσοκομείων του ... (αναφέρουμε ενδεικτικά δ/ξη με α.π. .../08.08.2022 του ΓΝ ... με ΑΔΑ: ...-... και ΑΔΑΜ: ..., δ/ξη 7/2022 του ΓΝ ... με ΑΔΑΜ: ..., δ/ξη 11/2021 του ΓΝ ... με ΑΔΑΜ: ..., δ/ξη 25/2021 του ΓΝ ... με ΑΔΑΜ: ..., δ/ξη 3/2021 του ΓΝ με ΑΔΑΜ:, δ/ξη Β/.../21.07.2020 του ΓΝ, δ/ξη 9/2019 του ΓΝ ..., δ/ξη 15431/2019 του ΓΝ ..., δ/ξη 11/2019 του ΓΝ ... κα), αλλά και της ΕΠΥ (δ/ξη 3/2010 για συμφωνία πλαίσιο προϋπολογισμού 36.673.560,00 ευρώ), ζητώνται με αναφορά μόνο στις κατηγορίες τους (Α1, Α2 κ.λπ), χωρίς οι σχετικές διακηρύξεις να περιέχουν φωτογραφικές διατάξεις επί σκοπώ περιορισμού του ανταγωνισμού και θέσης εμποδίων για την ευρεία συμμετοχή διαγωνιζομένων. Συνεπώς, κατά τρόπο όλως παράνομο, αναιτιολόγητο και αδικαιολόγητο, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στον προσδιορισμό των ζητούμενων ειδών με βάση τις προσβαλλόμενες προδιαγραφές.

Επιπρόσθετη, δε και ξεχωριστή πλημμέλεια της προσβαλλόμενης διακήρυξης συνιστά το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έκανε καν χρήση του όρου «ή ισοδύναμο» κατά τον προσδιορισμό των ζητούμενων ειδών. Επομένως, ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό ότι το ... δεν μπορούσε να προσδιορίσει τα ζητούμενα είδη παρά μόνο με αναφορά στις συγκεκριμένες μεμβράνες και άρα δικαιολογείτο η θέση προδιαγραφής με αναφορά του εμπορικού σήματος και πάλι η επίμαχη διακήρυξη πάσχει κατά το μέρος, που κατά ευθεία παραβίαση της προπαρατεθείσας διάταξης, δε συνόδευσε αυτήν με τη μνεία «ή ισοδύναμο» έτσι ώστε να παρέχεται η δυνατότητα προσφοράς ισοδύναμων προϊόντων».

17. Επειδή, μετά την επισκόπηση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και με βάση την κείμενη νομοθεσία επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Η ως άνω παρατιθέμενη διάταξη του άρθρου 54 του ν. 4412/2016 οριοθετεί τις υποχρεώσεις της αναθέτουσας αρχής πριν την δημοσίευση της προκήρυξης της σύμβασης και τον προσδιορισμό των τεχνικών προδιαγραφών κατά το ότι οι τελευταίες *«θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό»*. Μάλιστα, για τη διαφύλαξη των ανωτέρω αρχών και ιδίως της μη παρεμπόδισης των οικονομικών φορέων να συμμετέχουν στο διαγωνισμό εξ αιτίας υπέρμετρα αυστηρών και ίσως μη απαραίτητων τεχνικών προδιαγραφών τίθεται ως ασφαλιστική δικλείδα η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να θέσει τον όρο *«ή ισοδύναμο»*, στην περίπτωση κατά την οποία οι τεχνικές προδιαγραφές περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή η περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης, περίπτωση ή οποία και πάλι συγχωρείται κατ' εξαίρεση. Στην προκειμένη περίπτωση, στο Παράρτημα Ι της επίμαχης Διακήρυξης έχουν τεθεί οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών (φίλτρων αιμοκάθαρσης) ως εξής:

Για τα ζητούμενα είδη με α/α 1,6,9 και 10 ζητείται μεμβράνη τύπου «Vitasoulphon», η οποία, ως ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα από σχετική παραπομπή που παραθέτει στην προσφυγή της, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ... εταιρείας, από την οποία παράγεται αποκλειστικά.

Για τα ζητούμενα είδη με α/α 2 και 3 ζητείται μεμβράνη τύπου «Rexbrane», το οποίο, ως ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα από σχετική παραπομπή που παραθέτει στην προσφυγή της, αποτελεί κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ... εταιρείας, από την οποία παράγεται αποκλειστικά.

Για τα ζητούμενα είδη με α/α 4,5,7 και 8 ζητείται μεμβράνη τύπου «Polynephron», η οποία, ως ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα από σχετική παραπομπή που παραθέτει στην προσφυγή της, αποτελεί

κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ... εταιρείας, από την οποία παράγεται αποκλειστικά.

Από την ανωτέρω διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών των φίλτρων αιμοκάθαρσης, όπως αποτυπώνονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, προκύπτει ότι ο προσδιορισμός των τεχνικών τους χαρακτηριστικών γίνεται βάσει αναφοράς σε εμπορικά σήματα που παραπέμπουν, για τους γνώστες ιδίως της επίμαχης αγοράς, στις κατασκευάστριες εταιρείες των ζητούμενων ειδών. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα να εμποδίζεται η υποβολή παραδεκτής προσφοράς από εταιρεία, η οποία διαθέτει προϊόντα με όμοια μεν χαρακτηριστικά, όχι όμως της αυτής εμπορικής ονομασίας. Επιπλέον, όπως ισχυρίζεται και επαρκώς αποδεικνύει η προσφεύγουσα εταιρεία, τα τεχνικά χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης θα μπορούσαν να προσδιοριστούν και να γίνουν κατανοητά στους συμμετέχοντες και με μόνη την αναφορά στις κατηγορίες τους (εν προκειμένω A2 και B2), καθώς ο διαχωρισμός τους σε κατηγορίες συνεπάγεται και καθιστά ευκρινή για τους διαγωνιζόμενους τη δέσμη ιδιοτήτων, που θα πρέπει να διαθέτει το κάθε φίλτρο, χωρίς να απαιτείται και περαιτέρω αναφορά σε συγκεκριμένο εμπορικό τύπο. Θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της συνομολογεί κατ' ουσίαν ότι οι τεχνικές προδιαγραφές θα μπορούσαν να είχαν διατυπωθεί χωρίς τις αναφορές στις ανωτέρω εμπορικές ονομασίες, καθώς αναφέρει ότι *«δεν απορρίπτουμε, αλλά συμφωνούμε με την προσθήκη του χαρακτηρισμού ισοδύναμο, εφόσον αυτός αφορά χαρακτηριστικά φίλτρων που πληρούν τις παραπάνω θέσεις μας»*. Θα πρέπει επίσης να γίνει δεκτό ότι η χρήση της λέξης «τύπου» και ιδίως οι αναφορές στη Διακήρυξη, κατά τις οποίες τα φίλτρα αιμοκάθαρσης ζητείται να διαθέτουν μεμβράνες «τύπου Vitasoulphon», «τύπου Rexbrane» και τύπου «Polynephron» δεν είναι απολύτως σαφής περί της δυνατότητας αποδοχής φίλτρων με μεμβράνες άλλες πλην των Vitasoulphon, Rexbrane και Polynephron, καθόσον η ρητή αναφορά συγκεκριμένης εμπορικής ονομασίας αποδυναμώνει τη χρήση της λέξης «τύπου», δίνοντας την εντύπωση στους οικονομικούς φορείς, που δεν διαθέτουν τα φίλτρα με τη συγκεκριμένη εμπορική ονομασία, ότι δεν δύνανται να υποβάλλουν τεχνικώς παραδεκτή

προσφορά. Δοθέντων των ανωτέρω, ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης στο μέτρο που κατά την απαρίθμηση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια ειδών δεν έχει δοθεί η δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν τεχνικά αποδεκτές προσφορές προσφέροντας ισοδύναμες λύσεις δια της χρήσης του όρου «ή ισοδύναμο».

18. Επειδή, με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται στη Διακήρυξη παραβιάζουν την κοινοτική οδηγία 93/42 περί ελεύθερης κυκλοφορίας των προϊόντων που φέρουν σήμανση CE και της ρήτρας διασφάλισης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται τα εξής:

«Στην Υπουργική Απόφαση ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 που ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ «περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (ΕΕ L 169 της 12.7.1993) προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: Στο άρθρο 2 ότι: «Τα Ιατροτεχνολογικά προϊόντα τίθενται στην αγορά και γίνεται έναρξη χρήσης τους μόνον εφόσον συμμορφώνονται προς τις απαιτήσεις της παρούσας απόφασης, και εφόσον έχουν διατεθεί και εγκατασταθεί κατάλληλα και συντηρούνται και χρησιμοποιούνται σύμφωνα με την προοριζόμενη χρήση τους. Ο ΕΟΦ λαμβάνει όλα τα αναγκαία μέτρα ώστε να εξασφαλίζεται ότι τηρούνται οι προϋποθέσεις της προηγούμενης παραγράφου».

Στο άρθρο 3 παρ. 1 ότι:

«Τα προϊόντα πρέπει να πληρούν τις βασικές απαιτήσεις που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι και οι οποίες ισχύουν για αυτά σύμφωνα με τη προοριζόμενη χρήση των εν λόγω προϊόντων.». Στο δε άρθρο 4 παρ. 1 της ίδιας απόφασης ορίζεται ότι: «Δεν εμποδίζεται η διάθεση στην αγορά και η έναρξη χρήσης των προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 17 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της συμμόρφωσής τους σύμφωνα με το άρθρο 11». Στο άρθρο 8 ότι:

«1.Όταν ο ΕΟΦ διαπιστώνει ότι προϊόντα που αναφέρονται στο άρθρο 4

παράγραφοι 1 και 2 δεύτερο εδάφιο, τα οποία - αν και έχουν εγκατασταθεί και συντηρηθεί ορθά και χρησιμοποιούνται σύμφωνα με τον προορισμό τους - ενδέχεται να θέσουν σε κίνδυνο την υγεία ή/και την ασφάλεια των ασθενών, των χρηστών ή, κατά περίπτωση, άλλων προσώπων, λαμβάνει όλα τα αναγκαία προσωρινά μέτρα προκειμένου να αποσύρει τα εν λόγω προϊόντα από την αγορά ή να απαγορεύσει ή να περιορίσει τη διάθεσή τους στην αγορά ή την έναρξη χρήσης τους... 3. Όταν ένα προϊόν το οποίο δεν πληροί τις απαιτήσεις, φέρει τη σήμανση CE, ο ΕΟΦ λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα έναντι του προσώπου που έθεσε τη σήμανση και ενημερώνει σχετικά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τις αντίστοιχες Αρμόδιες Αρχές των άλλων Κρατών Μελών.»

Περαιτέρω, το άρθρο 11 περιέχει ρυθμίσεις σχετικά με τη διαδικασία θέσεως της σήμανσεως CE επί των προϊόντων ανάλογα με την κατηγορία στην οποία κατατάσσονται σύμφωνα με το άρθρο 9 της οδηγίας.

Όπως παγίως έχει κριθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας, τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια και την Αρχή (ίδετε και κατωτέρω υπό παρ. 9 την όλως ενδεικτική αναφορά στις αποφάσεις 61/2022 ΔΕΦΚομοτηνής, ΣτΕ (7μελής) 1654/2011 κ.α.) με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, είναι παράνομη η θέσπιση με την διακήρυξη προδιαγραφών προσθέτων των περιλαμβανόμενων στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως εν προκειμένω στο πρότυπο EN ISO 8637, το οποίο αποτελεί και το εθνικό πρότυπο, όταν μάλιστα έχει επιλεγεί ως κριτήριο ανάθεσης αυτό της χαμηλότερης τιμής δηλ. της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερόμενων προϊόντων και το οποίο κριτήριο προσιδιάζει και επιλέγεται σε περιπτώσεις, όπως η προκειμένη, όπου τα προσφερόμενα είδη είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν παρεμφερή και, επί της ουσίας, διαφοροποιούνται μόνο στην τιμή.

Ως εκ τούτου, είναι παράνομοι όροι της διακήρυξης, οι οποίοι απαιτούν συγκεκριμένο τύπο/εμπορικό σήμα μεμβράνης και/ή συγκεκριμένη χημική σύσταση, όχι μόνο λόγω της ρητής απαγόρευσης της παρ. 4 του άρθρου 54 του νόμου, όπως αναπτύξαμε ανωτέρω, αλλά και επειδή με τον τρόπο αυτό τίθενται προδιαγραφές πρόσθετες των απαιτούμενων από το σχετικό πρότυπο για τη χορήγηση σήμανσης CE με συνέπεια να τίθεται κώλυμα στην ελεύθερη

κυκλοφορία των προϊόντων που δεν πληρούν αυτές. Η σήμανση CE συνιστά τεκμήριο ότι το σχετικό προϊόν είναι σύμφωνο με τις βασικές απαιτήσεις, όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 3 και προσδιορίζονται στο Παράρτημα Ι της οδηγίας 93/42. Το τεκμήριο αυτό είναι μεν μαχητό, γιατί ενδέχεται είτε ένα πρότυπο προδιαγραφών, που έχει εκδοθεί με βάση την οδηγία 93/42 και προς περαιτέρω εξειδίκευση των βασικών απαιτήσεων για συγκεκριμένο είδος, να μην ανταποκρίνεται στις βασικές απαιτήσεις, είτε ένα προϊόν που φέρει μεν σήμανση CE να είναι παρά ταύτα επικίνδυνο για τη δημόσια υγεία. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή, δεσμευόμενη από την ύπαρξη του CE, δεν μπορεί να αποκλείσει την προσφορά αλλά να ενημερώσει τον ΕΟΦ και να γνωστοποιήσει σε αυτόν το γεγονός μέσω της Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ι/Π (Λευκή Κάρτα), προκειμένου αυτός να εκκινήσει τη λεγόμενη διαδικασία διασφάλισης του άρθρου 8 παρ. 3 της Οδηγίας. Για την ταυτότητα του λόγου, τα ανωτέρω εφαρμόζονται και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι κίνδυνοι αυτοί είναι ήδη γνωστοί στην αναθέτουσα αρχή κατά τη σύνταξη των προδιαγραφών της διακήρυξης και αυτή επιχειρεί, να αποφύγει τους σχετικούς κινδύνους, θέτοντας πρόσθετες προδιαγραφές που καθιστούν εκ προοιμίου αδύνατη την επιλογή προϊόντων παρά το γεγονός ότι φέρουν CE. Και στην περίπτωση αυτή δηλ. πριν τεθούν οι πρόσθετες προδιαγραφές θα πρέπει να ενημερωθεί σχετικά ο ΕΟΦ για να κινήσει τη διαδικασία διασφάλισης, πράγμα που δε συνέβη εν προκειμένω με αποτέλεσμα η προσβαλλόμενη διακήρυξη να είναι παράνομη.

Ενδεικτική, δε, της σημασίας που δίδεται στην ακώλυτη κυκλοφορία προϊόντων που φέρουν σήμανση CE σύμφωνα με τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου είναι η διάταξη του άρθρου 21 του Ν.3897/2010 , που έχει πεδίο εφαρμογής και στην προκειμένη περίπτωση, προβλέφθηκαν κυρώσεις (διοικητικά πρόστιμα και πειθαρχικές ποινές) κατά των νοσοκομείων, των οργάνων διοίκησης, των μελών επιτροπών αξιολόγησης και διενέργειας διαγωνισμών που απορρίπτουν προσφορά προϊόντων που φέρουν σήμανση CE χωρίς να έχει τηρηθεί η διαδικασία διασφάλισης της οδηγίας 93/42, που απαιτεί αποστολή των δειγμάτων στην αρμόδια αρχή, εν προκειμένω, τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων, για έλεγχο. Άλλωστε η διάταξη αυτή κρίθηκε

σκόπιμη (βλ. και αιτιολογική έκθεση της ως άνω διατάξεως) ενόψει, μεταξύ άλλων, και της από 19^{ης} Μαρτίου 2009 Απόφασης του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων με την οποία καταδικάστηκε η χώρα μας για παραβίαση της οδηγίας 93/42 περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων με το ακόλουθο σκεπτικό:

«Η Ελληνική Δημοκρατία, απορρίπτοντας προσφορές που αφορούν ιατροτεχνολογικά προϊόντα τα οποία φέρουν τη σήμανση πιστοποίησης CE, χωρίς οι αρμόδιες αναθέτουσες αρχές των ελληνικών νοσοκομείων να έχουν τηρήσει τη διαδικασία που προβλέπει η οδηγία 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14^{ης} Ιουνίου 1993, περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό (ΕΚ) 1882/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 29^{ης} Σεπτεμβρίου 2003, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 8, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14^{ης} Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13^{ης} Σεπτεμβρίου 2001, και από τα άρθρα 17 και 18 της οδηγίας 93/42, όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό 1882/2003.».

Χαρακτηριστικά είναι, ακόμη, και τα όσα περιλαμβάνονται στην με αριθμό πρωτ. 5657/28.11.2016 απόφαση της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας με θέμα: «Εγκύκλιος για την εναρμόνιση των τεχνικών προδιαγραφών με τις διατάξεις της νομοθεσίας περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» που ελήφθη σε συνέχεια των από 11.11.2016 και 15.11.2016 συνεδριάσεων της και στην οποία ορίζεται ρητά ότι:

«τα δημόσια νοσοκομεία και οι λοιποί φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 9 του ν.3580/2007, όταν προμηθεύονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα που εντάσσονται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενεργούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η οδηγία 93/42/ΕΟΚ, τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των δύο αυτών νομοθετημάτων, και την 3/2016 ειδική έκθεση της

Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως εξής:

Πρώτον, απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.

Δεύτερον, κατ' εξαίρεση του ανωτέρω κανόνα, επιτρέπεται, όταν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ. Υ.Α. .../Γ.Π.οικ..../2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης, να θεσπίζουν, σύμφωνα με το αποτέλεσμα της ρήτρας (διαδικασίας) διασφάλισης, επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.»

Τονίζεται, τέλος, ότι η απαγόρευση θέσπισης πρόσθετων προδιαγραφών δεν θα κάμπτετο, ακόμη, κι αν η διακήρυξη επέτρεπε την προσφορά προϊόντων ισοδύναμων με τα ζητούμενα, κάτι που, πάντως, όπως προαναφέρθηκε, ουδόλως συμβαίνει εν προκειμένω, εφόσον ήθελε νοηθεί ότι το όποιο προσφερόμενο προϊόν, για να αξιολογηθεί ως ισοδύναμο με το ζητούμενο και, άρα, ως τεχνικά αποδεκτό, θα πρέπει να πληροί τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του ζητούμενου από τη διακήρυξη είδους (ως προς την σύσταση της μεμβράνης) και οι οποίες είναι πρόσθετες των περιλαμβανομένων στο σχετικό πρότυπο».

19. Επειδή, μετά την επισκόπηση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και με βάση την κείμενη νομοθεσία επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Στο Παράρτημα II της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι: «Τα προσφερόμενα προϊόντα πρέπει να είναι πιστοποιημένα από κοινοποιημένο οργανισμό που βρίσκεται εγκαταστημένος και λειτουργεί νόμιμα στο έδαφος ενός από τα Κράτη Μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και να φέρουν

σε ευκρινή θέση του τελικού περιέκτη τους την προβλεπόμενη σήμανση CE». Από την παραπάνω διατύπωση προκύπτει άνευ αμφιβολίας ότι τα προσφερόμενα προϊόντα θα πρέπει να φέρουν τη σήμανση CE προς απόδειξη της τήρησης των κανόνων ασφαλείας του συγκεκριμένου ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Ταυτόχρονα, όπως προβάλλεται από την προσφεύγουσα και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω με τον πληττόμενο όρο της Διακήρυξης (Παράρτημα Ι) έχουν τεθεί πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, που βαίνουν πέραν των σχετικών προτύπων. Δεδομένου ωστόσο ότι ως κριτήριο ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης έχει η τεθεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και δεδομένου ότι, όπως ορθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, έχει νομολογιακώς κριθεί ότι όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του αρ. 2.2 της οδηγίας 93/42 ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής, η διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει την πλήρωση πρόσθετων προδιαγραφών για τα προσφερόμενα είδη πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα (Βλ. ΣτΕ 1863/2014, ΣτΕ 2183/2004, ΔΕφ/Αρ42/2018, και ΔεφΚομΑ61/2022), ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος θα πρέπει επίσης να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Και τούτο διότι το προϊόν που διαθέτει και δύναται να προσφέρει η προσφεύγουσα είναι πιστοποιημένο και φέρει τη σήμανση CE, πλην όμως λόγω του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή, αν και έχει προκηρύξει τη διενέργεια μειοδοτικού διαγωνισμού, έχει εισάγει και πρόσθετες απαιτήσεις στις τεχνικές προδιαγραφές, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Δοθέντος επίσης ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή δεν προβάλλει ούτε και αποδεικνύει ότι οι εν λόγω πρόσθετες προδιαγραφές έχουν τεθεί προς αποφυγήν κινδύνων ασφάλειας και υγείας, ενημερώνοντας σχετικά προηγουμένως τον Ε.Ο.Φ., το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο οποίο απαριθμούνται οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης, θα πρέπει να αναδιαμορφωθεί για τον επιπλέον λόγο (πέραν των όσων αναπτύχθηκαν στη σκέψη 17) ότι τα οριζόμενα σε αυτό βαίνουν πέραν των ελαχίστων νόμιμων απαιτήσεων της

σήμανσης CE.

20. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκεπτικό.
3. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Οκτωβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ