

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 670/02.06.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «... ..» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 09/2020 Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Δις Επαναληπτικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 09/2020 και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 07.05.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ (ΦΙΛΤΡΑ Μ.Τ.Ν.)» (CPV: ...), εκτιμώμενης αξίας διακοσίων δεκαοκτώ χιλιάδων τετρακοσίων εξήντα έξι ευρώ και είκοσι εννέα

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

λεπτών (218.466,29 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%, ήτοι εκατόν ενενήντα τριών χιλιάδων τριακοσίων τριάντα τριών ευρώ (193.333,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 13%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 3^η Ιουνίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 10^η Ιουνίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 09:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την 01.06.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 09/2020 Διακήρυξης, κατά το μέρος που στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι αυτής «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» απαιτούνται φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά ακόμη και σε εμπορικά σήματα, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 09/2020 Διακήρυξη κατά το μέρος που απαιτούνται φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά ακόμη και σε εμπορικά σήματα και γ) να ακυρωθεί κάθε συναφής μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η 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.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 01.06.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού επτακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ και τριάντα δύο λεπτών (798,32 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του 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.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 02.06.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 843/03.06.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 03.06.2020 και υπέβαλε στις 10.06.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 03.07.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 3 Ιουνίου 2020 υπόμνημά της.

13.Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής 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 της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι 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. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ (Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 09/2020 Διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 86 «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ της Διακήρυξης με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» (σελ. 49 επ.) ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές ως προς τη ζητούμενη μεμβράνη των φίλτρων ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ (HIGH-FLUX), με α/α 1, «Α2. ΦΙΛΤΡΑ ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΕΣ ΜΕΜΒΡΑΝΕΣ ΙΝ VITRO $K_{uf} > 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0m}^2$ ΚΑΙ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ $> 1,5 \text{ m}^2$ Α2. ΦΙΛΤΡΑ ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΕΣ ΜΕΜΒΡΑΝΕΣ ΙΝ VITRO $K_{uf} > 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0m}^2$ ΚΑΙ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ $> 1,5 \text{ m}^2$ », για τα είδη με α/α 1.1.β και 1.1.γ. με μνεία σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις της μεμβράνης των φίλτρων και για τα είδη με α/α 1.1.α, 1.2. και 1.3. με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα που

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

«φωτογραφίζουν» τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα, των εν λόγω μεμβρανών, ενώ ως προς τη ζητούμενη μεμβράνη των φίλτρων ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ (LOW-FLUX), με α/α 2, «B2. ΦΙΛΤΡΑ ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΕΣ ΜΕΜΒΡΑΝΕΣ IN VITRO $K_{uf} > 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0m}^2$ ΚΑΙ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ $> 1,5 \text{ m}^2$ », για τα είδη με α/α 2.1.β, 2.1.γ, 2.5. και 2.6. με μνεία σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις της μεμβράνης των φίλτρων και 2.1.α, 2.2., 2.4. και 2.7 με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα που «φωτογραφίζουν» τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα, των εν λόγω μεμβρανών.

17. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ενώ νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, έστω και αν τα επιλεγέντα υλικά προσφέρονται την δεδομένη χρονική στιγμή, από μια μόνο εταιρία, εφόσον κατά την τεχνική κρίση της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των

νοσοκομείων (ΣτΕ 1105/2010, ΣτΕ 365/2007). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2^η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται

με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6^{ης} Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartieradell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45·ΔΕΕ, Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

19. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η

θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3372/2011).

20. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και 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 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣΤΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

21. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη

ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

22. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 10-31, υπό «6. Οι προδιαγραφές για τη μεμβράνη του φίλτρου», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης έχουν τεθεί παράνομα και συνεπώς είναι ακυρωτές, καθώς ο καθορισμός του τύπου της ζητούμενης μεμβράνης του φίλτρου είναι προδήλως φωτογραφικός, δεδομένου ότι γίνεται με ευθεία και απροκάλυπτη παραπομπή σε εμπορικά σήματα καθώς και σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις που φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα των μεμβρανών αυτών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό των φίλτρων. Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 10817/10.06.2020 εγγράφου της, με θέμα: «ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΟΝ ΑΝΟΙΚΤΟ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΕΠΑΝΑΛΗΠΤΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ (ΦΙΛΤΡΑ Μ.Τ.Ν.) ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΟΥ Γ.Ν. ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ (Αρ. Διακ. ΔΗΜ. 09/2020)»», σύμφωνα με το οποίο διαβιβάστηκαν οι με αριθμό πρωτοκόλλου 10735/09.06.2020 Απόψεις της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.06.2020, αναφέρει τα εξής: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που αφορούν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης στις Μονάδες Τεχνητού Νεφρού του Γ.Ν. ... συντάχθηκαν:

1. Λαμβάνοντας υπ όψιν την υπ' αρ **πρωτ 94221/30.10.2014**, γνωμοδότηση του **ΕΟΦ** μετά από αξιολόγηση των αναφορών περιστατικών υλικοεπαγρύπνησης (λευκή κάρτα) που συμπληρώθηκαν από νεφρολόγους σε ορισμένα νοσοκομεία που προμηθεύτηκαν ορισμένους τύπους φίλτρων με μοναδικό κριτήριο την χαμηλότερη τιμή και στην οποία αναφέρεται σαφώς «η επιλογή της κατάλληλης θεραπείας για τον εκάστοτε ασθενή εναπόκειται στον θεράποντα ιατρό του».

2. Το γεγονός ότι η **Ελληνική Νεφρολογική Εταιρεία**, ο αρμόδιος δηλαδή επιστημονικός φορέας της Νεφρολογίας στην χώρα μας αναφορικά με την προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης στα νοσοκομεία έχει αποτείλει το από 14.2.2013 υπόμνημα προς τους συνάσσοντες τις τεχνικές προδιαγραφές των διαγωνισμών γιατρούς στο οποίο αναφέρει ρητά: «σχετικά με την προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης και τα χαρακτηριστικά που πρέπει να πληρούν, ώστε να διασφαλίζεται η δυνατότητα επιλογής ανάλογα με τις ιδιαίτερες ανάγκες των ασθενών που βρίσκονται σε χρόνια πρόγραμμα αιμοκάθαρσης, σας αναφέρουμε ότι μία πλήρης περιγραφή των φίλτρων αιμοκάθαρσης πρέπει να αναφέρεται στα παρακάτω χαρακτηριστικά:

1. Είδος μεμβράνης του φίλτρου...

2. Επιφάνεια μεμβράνης (0,5 – 2,2m²)... κλπ».

3. Το γεγονός ότι η θεραπεία κάθε ασθενούς είναι εξατομικευμένη ανάλογα με τις ανάγκες του ασθενούς. Το φίλτρο αιμοκάθαρσης αποτελεί στην ολότητα του θεραπεία που δέχεται ο ασθενής τρεις φορές την εβδομάδα εφ' όρου ζωής και πρέπει να καλύπτει τις ανάγκες του. Κάθε χαρακτηριστικό του φίλτρου αιμοκάθαρσης ως την παραμικρή λεπτομέρεια είναι μοναδικό. Το φίλτρο δεν είναι απλά ένα βοηθητικό ιατροτεχνολογικό υλικό, αντιθέτως είναι η ίδια η θεραπεία της αιμοκάθαρσης και γι αυτό το λόγ ονομάζεται Τεχνητός Νεφρός. Πράγματι η αιμοκάθαρση είναι σωτήριος θεραπεία γιατί χωρίς αυτή ο νεφροπαθής πεθαίνει.

Ο λόγος που τα φίλτρα αιμοκάθαρσης διαφοροποιούνται ως προς την σύσταση τους (η χημική σύσταση της μεμβράνης του φίλτρου καθορίζει τις ιδιότητές της και έχει ιδιαίτερη σημασία στην επιλογή, εφόσον οι ιδιότητες αυτές σχετίζονται με διάφορες επιδράσεις όπως, τον βαθμό ενεργοποίησης του συμπληρώματος, του συστήματος πλήξης, γεγονός που αφορά σε ασθενείς με αιμορραγική διάθεση, την αλλεργική αντίδραση σε ασθενείς που λαμβάνουν συγκεκριμένα φάρμακα πχ. αναφυλακτοειδείς αντιδράσεις ή και αλλεργικό shock ασθενών) έτσι η επιλογή της θεραπείας είναι ιατρικός και ότι το καθένα από αυτά έχει διαφορετικές ιδιότητες και χρησιμοποιούνται αναλόγως σε διαφορετικές περιπτώσεις σε διαφορετικούς ασθενείς κατά την κρίση του θεράποντος ιατρού.

4. Το γεγονός των αναγκών χρήσης φίλτρων αιμοκάθαρσης σε ασθενείς με βεβαρημένο ιατρικό ιστορικό και οξεία ιατρικά περιστατικά (μονάδα εντατικής θεραπείας, μονάδα εμφραγμάτων, καρδιολογικούς ασθενείς) που νοσηλεύονται στο Γ.Ν.

5. Το γεγονός ότι δεν υπάρχει ισοδυναμία στα φίλτρα αιμοκάθαρσης αφού δεν υπάρχουν μελέτες ισοδυναμίας στη διεθνή βιβλιογραφία και ούτε μπορούν να γίνουν (χρήση φίλτρου σε ασθενείς με μεταβλητές κλινικές καταστάσεις καθημερινά).

6. Έχοντας ως προτεραιότητα τον ασθενή, στηριζόμενοι στην πολύχρονη και συνεχώς αυξανόμενη εμπειρία μας και λαμβάνοντας υπ όψιν την διεθνή εμπειρία και τις δημοσιευμένες μελέτες σχετικά με την επάρκεια της αιμοκάθαρσης.».

23. Επειδή, ωστόσο, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στις εκτιθέμενες απόψεις της, όπως έχει κριθεί πρόσφατα (βλ. ΔΕΦΛαρ 72/2019), από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 54 και 86 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τιμή, προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από τη Διοίκηση ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, αφού οδηγεί αναγκαίως στη συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιαστικά από άποψη ποιότητας και τιμής, για τον λόγο δε αυτόν,

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

προκειμένου να ευρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων, εφόσον αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, υπό την τήρηση όμως των προϋποθέσεων ότι δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητά στην συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την απαγόρευση διακρίσεων (βλ. ΣΤΕ 2183/2004 (7μ.), ΕΑ 849/2004, ΕΑ 29/2005, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 17.9.2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. I-7213,σκ. 34, 59, 61-63). Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελιγμένο σε λογική τιμή, αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί προμηθευτής, θα υποχρεωθεί να συμπίεσει την τιμή της προσφοράς. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων και των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπουργικής απόφασης με την οποία αυτή μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν, με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των διατάξεων αυτών. Ειδικότερα, όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή, η Διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της Συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, εμποδίζει τα κράτη μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και

φέρουν την σήμανση CE (βλ. ΣτΕ 2183/04 7μ.). Από αυτά παρέπεται ότι, όταν η Διοίκηση, για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένης ανάγκης, επιθυμεί την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχουν ιδιαίτερα τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες εν σχέσει με τα συνήθως κυκλοφορούντα στην αγορά και εφοδιασμένα με τη σήμανση CE προϊόντα, οφείλει να προσφύγει στο σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Άλλως, εάν δηλαδή για την προμήθεια των εν λόγω προϊόντων χρησιμοποιηθεί το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά με βάση την τιμή, αφενός μεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός (αφού οι περισσότεροι υποψήφιοι θα τεθούν εκτός διαγωνισμού στο στάδιο του παραδεκτού των τεχνικών προσφορών), αφετέρου δε η Διοίκηση κινδυνεύει να προμηθευτεί το ίδιο προϊόν σε ακριβότερη τιμή, παρά αν διενεργούσε διαγωνισμό με το σύστημα της πλέον από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, αφού ο μόνος ή οι ολίγοι εναπομείναντες προμηθευτές, λειτουργώντας υπό συνθήκες μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου, θα δύνανται να διογκώσουν την τιμή των προσφερόμενων ειδών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 113/2008, 730/2009). Ομοίως, στη με αριθμό πρωτοκόλλου 3107/23.07.2014 Κατευθυντήρια οδηγία 2 (Απόφαση 231/2014, με θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών») της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) διευκρινίζεται μεταξύ άλλων στη σελ. 9 αυτής, ότι: «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,». Αντίστοιχα, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5657/28.11.2016 Εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας ορίστηκε μεταξύ άλλων ότι: «[...]. Αποφασίζουν, μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ τους, ομόφωνα 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. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (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.

Τρίτον, στην περίπτωση που η σύμβαση της προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διενεργούν δεν πρόκειται να ανατεθεί με κριτήριο τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικώς από την τιμή σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86 του

ν.4412/2016 (πρόκειται για το ισοδύναμο κριτήριο της χαμηλότερης τιμής κατά το προϊσχύον δίκαιο), αλλά από το κόστος, δύνανται να θεσπίζουν κριτήρια, όπως τα ενδεικτικώς οριζόμενα στη διάταξη της ίδιας ως άνω παραγράφου, με τα οποία αξιολογούν τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, υπό τον εξυπακοούμενο όρο ότι τα κριτήρια αυτά δεν περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που σύμβαση προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων ανατίθεται με κριτήριο το κόστος, τα κριτήρια που κατά τη διακριτική τους ευχέρεια θέτουν για την εκτίμηση του κόστους (λ.χ. κριτήρια ποιότητας) δεν επιτρέπεται να περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά επιτρέπεται, δυνάμει των κριτηρίων αυτών, να τα αξιολογούν.».

24.Επειδή, σε σχέση με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: «[...]. Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της» και «...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της.». Ομοίως, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 4661/14.09.2016 έγγραφο της Ε.Π.Υ. σχετικά με την αρμοδιότητά της να εγκρίνει τεχνικές προδιαγραφές μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «[...]. Οι φορείς του άρθρου 9 του Ν.3580/2007 δεν δεσμεύονται από την διαδικασία που είχε θεσπίσει η ΕΠΥ με προηγούμενες αποφάσεις της και μετά την εφαρμογή του Ν.4412/2016 δεν εγκρίνει πλέον τις τεχνικές προδιαγραφές των φορέων. Κάθε φορέας δύναται να χρησιμοποιήσει τεχνικές προδιαγραφές που είτε είχαν εγκριθεί με τη διαδικασία που είχε ορίσει η ΕΠΥ στις προηγούμενες αποφάσεις της, είτε χωρίς τη διαδικασία αυτή εφόσον προηγουμένως επανελεγχθούν και διαπιστωθεί η πλήρη εναρμόνιση του περιεχομένου τους με τις απαιτήσεις που τίθενται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και ιδίως αυτές που καθορίζονται στο άρθρο του

54». Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών ως προς τους όρους σύνταξης των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

25. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή θέτει τις τεχνικές προδιαγραφές βάσει εγκεκριμένων προτύπων των προς προμήθεια ειδών, όταν επιλέγει, ως κριτήριο αναθέσεως της σύμβασης προμήθειας, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά προσδιοριζόμενη αποκλειστικώς βάσει της τιμής, τότε δεν παρέχεται σε αυτή (αναθέτουσα αρχή) η δυνατότητα να περιλάβει στην οικεία διακήρυξη πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν δηλαδή των βάσει εγκεκριμένων προτύπων προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, ως υποχρεωτικές παρά μόνον ως «επιθυμητές» (πρβλ. ΔΕφΚομοτηνής Ν21/2019). Κατ' αυτόν τον τρόπο, αφενός είναι πιθανόν να επιτύχει συμπίεση των τιμών των προσφερομένων ειδών με τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές και αφετέρου θα έχει την ευχέρεια «επί ίσοις όροις» (δηλαδή σε περίπτωση περισσότερων της μιας προσφορών του ίδιου είδους στην χαμηλότερη τιμή), να επιλέξει στην χαμηλότερη τιμή την προσφορά που ικανοποιεί και τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές. Αντίθετη άποψη θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διότι θα επέτρεπε την δημιουργία «τεχνητής χαμηλότερης τιμής», αφού θα έδινε την δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, επιλέγοντας το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς αποκλειστικώς βάσει τιμής, να απαιτεί αυξημένες προδιαγραφές ποιότητας, αποκλείοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία προσφορών ειδών που πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγκεκριμένων προτύπων ποιότητας (και, κατά τεκμήριο, έχουν την χαμηλότερη τιμή) και προωθώντας την προσφορά ειδών που καλύπτουν μεν τις ζητούμενες πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, αλλά δεν έχουν την χαμηλότερη τιμή. Επιπλέον, παρακάμπτοντας την υποχρέωση θεσπίσεως κριτηρίων αξιολογήσεως και διαδικασίας βαθμολογήσεως για τις πρόσθετες

ειδικές προδιαγραφές, θα μπορούσε να περιλάβει «φωτογραφικούς όρους» στην διακήρυξη, νοθεύοντας τον ανταγωνισμό.

26. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, συνάγεται ότι, ο προσδιορισμός της προδιαγραφής «ΤΥΠΟΣ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ» των ζητούμενων ειδών μεμβράνης των φίλτρων με συνθετικές μεμβράνες *in vitro*, ήτοι μεμβράνης κράματος πολυαρυλαιθερσουλφόνης & πολυβινυλπυρολιδόνης (PUREMA) για τα είδη με α/α 1.1.α. της Κατηγορίας Α2 και με α/α 2.1.α της Κατηγορίας Β2, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα την αμερικανική εταιρεία «3M COMPANY», της οποίας και συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του Παγκόσμιου Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (World Intellectual Property Organization ή W.I.P.O.) με αριθμό διεθνούς καταχώρησης 844176, μεμβράνης κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyester polymere alloy PEPA) για το είδος με α/α 1.2 της Κατηγορίας Α2, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα την ιαπωνική εταιρεία «NIKISSO», της οποίας και συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του Παγκόσμιου Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (World Intellectual Property Organization ή W.I.P.O.) με αριθμό διεθνούς καταχώρησης 710483, μεμβράνης πολυσουλφόνης (REXBRANE) για το είδος με α/α 1.3 της Κατηγορίας Α2 και με α/α 2.2 της Κατηγορίας Β2, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα την ιαπωνική εταιρεία «ASAHI KASEI MEDICAL CO», της οποίας και συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του Παγκόσμιου Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (World Intellectual Property Organization ή W.I.P.O.) με αριθμό διεθνούς καταχώρησης

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

004508041, μεμβράνης πολυσουλφόνης τύπου ελιξόνης (HELIXONE) για το είδος με α/α 2.4 της Κατηγορίας B2, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα την γερμανική εταιρεία «FRESENIUS», της οποίας και συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του Παγκόσμιου Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (World Intellectual Property Organization ή W.I.P.O.) με αριθμό διεθνούς καταχώρησης 743105 και μεμβράνης αιθυλεν-βινυλ-αλκοόλη (ethylenevinylalcoholcopolymer, EVAL) για το είδος με α/α 2.7 της Κατηγορίας B2, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα την ιαπωνική εταιρεία «KURARAY CO LTD», της οποίας και συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του Παγκόσμιου Οργανισμού Πνευματικής Ιδιοκτησίας (World Intellectual Property Organization ή W.I.P.O.) με αριθμό διεθνούς καταχώρησης 009908691, κατά περίπτωση. Συνεπώς, όπως έχει ήδη εκτεθεί ανωτέρω στις σκέψεις 17-21 της παρούσας, προκύπτει ότι η εν λόγω διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών, όπως έχει τεθεί εν προκειμένω στους όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης, έχει ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ορισμένες επιχειρήσεις έναντι άλλων και ως εκ τούτου καθίσταται μη νόμιμη και ακυρωτέα, δοθέντος ότι έχει τεθεί κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διασφάλισης του υγιούς ανταγωνισμού. Έτι περαιτέρω και ανεξάρτητα από τους αορίστως προβαλλόμενους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα και με το υποβληθέν υπόμνημά της, τα επικαλούμενα από την αναθέτουσα αρχή έγγραφα, ήτοι το με αριθμό πρωτοκόλλου 94221/2014 έγγραφο του Εθνικού Οργανισμού Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.) και το από 14.02.2013 υπόμνημα της Ελληνικής Νεφρολογικής Εταιρείας, εκτός του ότι συνιστούν έγγραφα, τα οποία δεν έχουν ουδεμία δεσμευτική ισχύ, πολλώ δε μάλλον, δεν αφορούν τη σύνταξη και τη διατύπωση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών επί των ζητούμενων

μεμβρανών που θα πρέπει να διαθέτουν τα προσφερόμενα από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, φίλτρα τεχνητού νεφρού. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί σε κάθε περίπτωση, ότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να κάνει ρητή μνεία μαζί με όλες τις προαναφερόμενες εμπορικές επωνυμίες και στον χαρακτηρισμό ή «ισοδύναμο», κατά παράβαση των διατάξεων της παρ. 3 περίπτωση β) και 4 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016.

27. Επειδή, άλλωστε, ο προσδιορισμός της προδιαγραφής «ΤΥΠΟΣ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ» των ζητούμενων ειδών μεμβράνης των φίλτρων με συνθετικές μεμβράνες *in vitro*, ήτοι μεμβράνης κράματος πολυαρυλαιθερσουλφόνης & πολυβινυλπυρολιδόνης (τροποποιημένη πολυσουλφόνη και πολυσουλφόνη DRY αντίστοιχα) για τα είδη με α/α 1.1.β, 1.1.γ της Κατηγορίας Α2, μεμβράνης κράματος πολυαρυλαιθερσουλφόνης & πολυβινυλπυρολιδόνης (πολυαμίδη και πολυσουλφόνη DRY αντίστοιχα) για τα είδη με α/α 2.1.β και 2.1.γ της Κατηγορίας Β2 και μεμβράνης πολυσουλφόνης και πολυμεθυλμεθακρυλικού πολυσουλφόνης (PMMA) για τα είδη με α/α 2.5 και 2.6 της Κατηγορίας Β2, στον βαθμό που τίθενται για αυτές πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν των προβλεπόμενων, βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, είναι παράνομη. Ειδικότερα, κρίνεται παράνομη η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών, προσθέτων των περιλαμβανόμενων στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως εν προκειμένω στο πρότυπο EN ISO 8637, το οποίο αποτελεί και το εθνικό πρότυπο, εφόσον ως κριτήριο ανάθεσης έχει επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή, αυτό της χαμηλότερης τιμής, ήτοι της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων προϊόντων και το οποίο κριτήριο προσιδιάζει και επιλέγεται σε περιπτώσεις, όπως η προκείμενη, όπου τα προσφερόμενα είδη είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν παρεμφερή και, επί της ουσίας, διαφοροποιούνται μόνο στην τιμή. Πολλώ δε μάλλον, αφ' ης στιγμής, έχει κριθεί (βλ. ενδεικτικά μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 87/2017 και 722/2020) ότι το Ευρωπαϊκό Πρότυπο τεχνικών προδιαγραφών EN ISO 8637, δυνάμει του οποίου χορηγείται η σήμανση CE στα φίλτρα, ουδόλως

απαιτεί οι μεμβράνες των φίλτρων να έχουν μια συγκεκριμένη χημική σύσταση, ούτε, πολύ περισσότερο, προκρίνει έναν συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης έναντι κάποιου άλλου, ο τύπος της συνθετικής μεμβράνης των υπό προμήθεια ειδών, θα έπρεπε να εναπόκειται στην επιλογή του προμηθευτή. Στην περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή, έκρινε ότι ένα προϊόν, καίτοι φέρει τη σήμανση CE και συμφωνεί με εγκεκριμένα πρότυπα προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, εντούτοις κρίνεται επικίνδυνο για τη δημόσια υγεία, δεν θα μπορούσε κατ' αρχήν να αποκλείσει, το εν λόγω προϊόν, λόγω ακριβώς της ύπαρξης της σήμανσης CE, θα ήταν όμως υποχρεωμένη να κινήσει τη καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ., κατά τα αναλυτικά εκτιθέμενα ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, γεγονός που παρέλειψε να πράξει η αναθέτουσα αρχή, παρόλο που επικαλείται ισχυρισμούς που άπτονται της δημόσιας υγείας προς θεμελίωση των απόψεων της. Ενόψει αυτών, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι η απαίτηση αυτή, τέθηκε με στόχο τη διασφάλιση και την παροχή ασφαλούς αιμοκάθαρσης στους ασθενείς του νοσοκομείου, κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 1654/2011 επτ., 491/2012).

28. Επειδή, κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, στον βαθμό που για συγκεκριμένα προσφερόμενα είδη, η αναθέτουσα αρχή αφενός έκανε ευθεία παραπομπή στα εμπορικά σήματα συγκεκριμένων εταιρειών, υπό την έννοια των «φωτογραφικών» διατάξεων, παραλείποντας να κάνει ρητή μνεία μαζί με όλες τις προαναφερόμενες εμπορικές επωνυμίες και στον χαρακτηρισμό ή «ισοδύναμο», κατά παράβαση των διατάξεων της παρ. 3 περίπτωση β) και 4 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 και αφετέρου, έθεσε πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν των προβλεπόμενων, βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, καίτοι έφεραν σήμανση CE και συμφωνούν με εγκεκριμένα πρότυπα προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, χωρίς να κινήσει την προηγούμενη διαδικασία διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ., αποκλείοντας ουσιαστικά τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς από την

Αριθμός Απόφασης: 873/2020

προσφεύγουσα, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και αντίστοιχα να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 09/2020 Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού επτακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ και τριάντα δύο λεπτών (798,32 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 29 Ιουλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη