

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 05.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1161/06.11.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην Αθήνα, οδός αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ «ΜΑΜΑΤΣΕΙΟ» - «ΜΠΟΔΟΣΑΚΕΙΟ» [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 5/2018 Διακήρυξη, με αντικείμενο την «Προμήθεια Φίλτρων Τεχνητού Νεφρού (CPV: 33181000-2) για τις ανάγκες των Νοσηλευτικών Μονάδων Κοζάνης και Πτολεμαΐδας της Αναθέτουσας Αρχής για ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 318.200,00 € πλέον ΦΠΑ, κατά το μέρος που για τα είδη με α/α 1, 6, 7, 8 του Νοσοκομείου Κοζάνης και με α/α 11, 14, 16, 17 του Νοσοκομείου Πτολεμαΐδας ζητάει φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά σε εμπορικά σήματα καθώς και συγκεκριμένη μέθοδο αποστείρωσης αυτών. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διενέργειας του Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 500/2018

2. Επειδή, με τη με αριθ. 5/2018 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια Φίλτρων Τεχνητού Νεφρού (CPV: 33181000-2) για τις ανάγκες των Νοσηλευτικών Μονάδων Κοζάνης και Πτολεμαΐδας της Αναθέτουσας Αρχής για ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 318.200,00€ πλέον ΦΠΑ (148.708,00€ για το Νοσοκομείο Κοζάνης και 210.858,00€ για το Νοσοκομείο Πτολεμαΐδας) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 10.10.2018 με ΑΔΑΜ:18PROC003818897 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 63253.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 242458750959 0104 0045, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 318.200,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. 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, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την τεκμαιρόμενη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία έλαβε χώρα την

25.10.2018, ήτοι με την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 10.10.2018 (ΑΔΑΜ:18PROC003818897).

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στο αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας φίλτρων τεχνητού νεφρού και προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως κατά τους ισχυρισμούς της οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης περιορίζουν, χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας καθώς και άλλων οικονομικών φορέων και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επειδή, στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τις διατάξεις των άρθρων 18 και 54 του Ν. 4412/2016, του άρθρου 21 του Ν. 3879/2010, την Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, την Κατευθυντήρια Οδηγία 2/2014 της ΕΑΑΔΗΣΥ, την εγκύκλιο 5657/28.11.2016 της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας καθώς και την εθνική και ενωσιακή νομολογία, προσβάλλει συγκεκριμένους όρους του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης με τίτλο «Α. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» (σελ. 45 επ. της Διακήρυξης) και συγκεκριμένα ισχυρίζεται τα εξής: «[...] 3.1. Ως προς τη μεμβράνη. Ο καθορισμός του τύπου της ζητούμενης μεμβράνης του φίλτρου γίνεται κατά τρόπο προδήλως φωτογραφικό δεδομένου ότι παραπέμπει ευθέως και απροκάλυπτα σε εμπορικά σήματα που φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των ζητούμενων φίλτρων. Η διακήρυξη δε όφειλε να καθορίζει απλά τις κατηγορίες φίλτρων που ζητάει με αναφορά στα γενικά χαρακτηριστικά αυτών,

χωρίς να προχωράει σε περαιτέρω εξειδίκευση των συνθετικών μεμβρανών των φίλτρων και δη με μνεία εμπορικών σημάτων που καταδεικνύουν ευθέως την κατασκευάστρια εταιρεία αυτών. Άλλωστε και το σχετικό πρότυπο EN ISO 86373, δυνάμει του οποίου χορηγείται στα φίλτρα η σήμανση CE, ουδόλως κάνει την οποιαδήποτε μνεία σε συγκεκριμένους τύπους συνθετικής μεμβράνης, ούτε πολύ περισσότερο προκρίνει έναν τύπο συνθετικής μεμβράνης έναντι κάποιου άλλο. Αναλυτικότερα, για αμφότερες τις Νοσηλευτικές Μονάδες ζητούνται: 3.1.1. Για τα είδη με α/α 1 και 11 ζητούνται φίλτρα- μεμβράνες που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO (World Intellectual Property Organization – Παγκόσμιος Οργανισμός Διανοητικής Ιδιοκτησίας) με αριθμό καταχώρισης 004508041, 3.1.2. Για τα είδη με α/α 6 και 14 ζητούνται φίλτρα - μεμβράνες, που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 710483 και, τέλος, 3.1.3. Για τα είδη με α/α 7,8,16 και 17 ζητούνται φίλτρα – μεμβράνες, που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 79058228. 3.2. Ως προς τη μέθοδο αποστείρωσης. 3.2.1. Επιπλέον, οι τεχνικές προδιαγραφές για τα ζητούμενα είδη της μεμβράνης polynehrhon (είδη με α/α 7,8,16 και 17) ορίζουν ρητά τον τύπο της αποστείρωσης και συγκεκριμένα: ξηρή. 3.2.2. Η συγκεκριμένη προδιαγραφή της διακήρυξης είναι επίσης παράνομη, δεδομένου ότι θέτει πρόσθετους όρους, πέραν των απαιτήσεων των ευρωπαϊκών προτύπων για τη χορήγηση της σήμανσης CE και αποσκοπεί και αυτή στον περιορισμό του ανταγωνισμού. Σημειώνεται ότι στα σχετικά πρότυπα δεν γίνεται ουδεμία απολύτως μνεία στον τύπο της αποστείρωσης, απλά απαιτείται να υπάρχει αποστείρωση με έναν από τους εγκεκριμένους τρόπους αποστείρωσης, στους οποίους φυσικά περιλαμβάνεται και η αποστείρωση με ακτινοβολία γ, που έχουν τα προϊόντα που προσφέρονται από την εταιρεία μας. Χαρακτηριστικά το σχετικό ευρωπαϊκό πρότυπο EN ISO 8637 αναφέρει στην παρ.

4.2. αυτού αναφορικά με την απαίτηση για αποστείρωση: «4.2. Sterility: The blood pathway of the device shall be sterile. Compliance shall be verified in accordance with 5.3.» – και σε μετάφραση: «4.2 Αποστείρωση: Η οδός του αίματος της συσκευής θα είναι αποστειρωμένη. Η συμμόρφωση θα βεβαιώνεται σύμφωνα με την 5.3.» και στην παρ. 5.3. αναφέρει: «5.3 Sterility: Compliance with 4.2 shall be verified by inspection of the records to show that the device has been exposed to a validated sterilization process.» και σε μετάφραση: «5.3 Αποστείρωση: Η συμμόρφωση με την 4.2 θα βεβαιώνεται από επιθεώρηση των μητρώων που να δείχνουν ότι η συσκευή έχει υπαχθεί σε μια εγκεκριμένη διαδικασία αποστείρωσης». Είναι σαφές ότι από τη στιγμή που το φίλτρο έχει αποστειρωθεί, με οποιαδήποτε αποδεκτή μέθοδο αποστείρωσης, συμπεριλαμβανομένης και της ακτινοβολίας γ, τότε καλύπτονται οι ανάγκες τις αποστείρωσης. 3.2.3. Η συγκεκριμένη μάλιστα προδιαγραφή φέρεται να έρχεται σε αντίφαση και με την ίδια τη διακήρυξη, αφού στη σελίδα 49 αυτής αναγράφεται ότι: «Η διεργασία αποστείρωσης των προϊόντων πρέπει να επικυρώνεται και να ελέγχεται σύμφωνα με τις απαιτήσεις των αντίστοιχων εναρμονισμένων προτύπων. Αποδεκτοί τρόποι αποστείρωσης των φίλτρων είναι η θερμική αποστείρωση (ατμός, ξηρά θερμική), η γ-ακτινοβολία και η β ακτινοβολία». Παρόλα αυτά και ενώ η διακήρυξη αποδέχεται ότι όλοι οι ανωτέρω μέθοδοι αποστείρωσης είναι αποδεκτοί, στις προδιαγραφές για τις μεμβράνες polyetheron περιορίζει τον αποδεκτό τύπο αποστείρωσης μόνο στην ξηρή. 4. Έννομο Συμφέρον της εταιρείας μας. 4.1. Η εταιρεία μας λοιπόν αν και εμπορεύεται φίλτρα, τα οποία διαθέτουν σήμανση CE5 και ISO6, δεν μπορεί να τα προσφέρει στον εν λόγω διαγωνισμό για τα παραπάνω είδη, δεδομένου ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της είναι πολυαιθεροσουλφόνη της εταιρείας Vital και, επιπλέον, είναι αποστειρωμένα με γ' ακτινοβολία και συνεπώς η προσφορά της θα αποκλειστεί δίχως άλλο (fait accompli) χωρίς φυσικά να δύναται να προσβάλει επιτυχώς, εκ των υστέρων, την πράξη αποκλεισμού της, αφού αυτή θα στηρίζεται στους προσβαλλόμενους με τη παρούσα όρους της διακήρυξης. Σε κάθε δε περίπτωση και σύμφωνα με πάγια νομολογία ο ενδιαφερόμενος διατηρεί το έννομο συμφέρον του για την ακύρωση της διακήρυξης και στην περίπτωση που δεν υπέβαλε προσφορά στην

διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον υποστηρίξει ότι την εκ μέρους του υποβολή απέκλειαν οι προσβαλλόμενες με την διακήρυξη πλημμέλειες (βλ. Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν.3886/2010, παρ. 138, Νομική Βιβλιοθήκη 2011, ΣΤΕ(ΕΑ) 1354/2009, 63/2008, 282/2007, 474, 857/2005, 532/2004, 424/2001). 4.2. Με τη θέσπιση προδιαγραφών στην διακήρυξη πλέον των περιεχόμενων στα ευρωπαϊκά πρότυπα, δυνάμει των οποίων χορηγείται η σήμανση CE, αυτό που ουσιαστικά αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή δεν είναι η καταλληλότητα του προϊόντος, το οποίο άλλωστε δεν έχει καν διέλθει ακόμα το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης του διαγωνισμού, αλλά αυτό καθαυτό το ευρωπαϊκό πρότυπο δυνάμει του οποίου έχει χορηγηθεί το CE. Για τον λόγο αυτό άλλωστε, στις περιπτώσεις που μια αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι πρέπει να θέσει τέτοιες προδιαγραφές, μπορεί να το κάνει μόνο σε περίπτωση που θεωρεί ότι οι περιεχόμενες στα πρότυπα απαιτήσεις δεν αρκούν για τη διασφάλιση της δημόσιας υγείας και ασφάλειας και αφού πρώτα ενημερώσει τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων, τηρώντας την προβλεπόμενη στο άρθρο 8 της Οδηγίας 93/42 διαδικασία διασφάλισης. Η μοναδική δυνατότητα που είχε η αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει προδιαγραφές πλέον του πρότυπου ήταν να ισχυριστεί ότι συντρέχουν λόγοι ασφάλειας και υγείας των αιμοκαθαιρόμενων ασθενών, οι οποίες επιβάλλουν τη χρήση των συγκεκριμένων μεμβρανών και εν συνεχεία, πριν φυσικά τη θέσπιση των προδιαγραφών, να τηρήσει την προβλεπόμενη στην οδηγία 93/42 διαδικασία διασφάλισης, ενέργεια στην οποία δεν προέβη εν προκειμένω με συνέπεια το παράνομο των προσβαλλόμενων προδιαγραφών. Άλλωστε, σε περίπτωση που κάτι τέτοιο πράγματι συνέβαινε, ήτοι για λόγους διασφάλισης της δημόσιας υγείας να απαιτείται η θέσπιση των προδιαγραφών αυτών, τότε τα νοσοκομεία όλης της χώρας θα διενεργούσαν διαγωνισμούς με αντίστοιχες προδιαγραφές που θα καθόριζαν συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης και δε θα υπήρχε πληθώρα νοσοκομείων να απαιτούν φίλτρα συνθετικής μεμβράνης χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση ούτε ως προς τη σύσταση αυτής ούτε. Επιπλέον, στο ευρωπαϊκό πρότυπο EN ISO 8637 (έκδοση Ιαν. 2014) οι «ανησυχίες» αυτές, ως προς τη σύσταση δηλαδή της μεμβράνης, δεν υιοθετούνται, αφού σε διαφορετική περίπτωση θα είχαν προβλεφθεί σε αυτό

σχετικές βασικές απαιτήσεις («essential requirements») ως προς το υλικό. 4.3. Στην ουσία αυτό που ζητάμε με την προσβολή των σχετικών όρων της διακήρυξης είναι να μας επιτραπεί να λάβουμε μέρος στη διαγωνιστική διαδικασία για τα ως άνω είδη, χωρίς να είναι δεδομένος ο εκ προοιμίου αποκλεισμός των προϊόντων μας, τα οποία ούτως ή άλλως θα αξιολογηθούν τεχνικά από την επιτροπή διενέργειας της αναθέτουσας αρχή προκειμένου να διαπιστωθεί ότι είναι κατάλληλα για τη χρήση που προορίζονται. Στο σημείο αυτό επισημαίνουμε ότι τα φίλτρα της εταιρείας μας χρησιμοποιούνται από το Νοσοκομείο της Κοζάνης, ήδη, από τον Μάιο 2017 με άριστα θεραπευτικά αποτελέσματα χωρίς να έχει αναφερθεί ποτέ πρόβλημα από την χρήση τους. 5. Οι εν λόγω λοιπόν προδιαγραφές παραβιάζουν τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, τις κατευθυντήριες γραμμές τις Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) και την με αρ. πρωτ. 5657/28.11.2016 εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας του Υπουργείου Υγείας, που αποσκοπούν, κατά τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, στη διασφάλιση του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, στη μη θέση εμποδίων σε προϊόντα που φέρουν πιστοποίηση CE, χωρίς την τήρηση της προβλεπόμενης διαδικασίας διασφάλισης, και απαγορεύουν τη σύνταξη τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά σε εμπορικά σήματα και κατά τρόπο που να προσδιορίζονται προϊόντα συγκεκριμένης μόνο προέλευσης, ενώ ταυτόχρονα έρχονται και σε αντίθεση με την σχετική πάγια νομολογία. Σημειωτέον δε ότι τις σχετικές πλημμέλειες τις είχαμε επισημάνει στην Αναθέτουσα Αρχή, ήδη, κατά τη διενέργεια της διαβούλευσης για τις τεχνικές προδιαγραφές του εν λόγω διαγωνισμού, στην οποία η εταιρεία μας έλαβε μέρος [...].».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 12219/08.11.2018 Απόψεις της αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας για τους εξής λόγους: «[...] 1. Ολοκληρώθηκε με όλες τις νόμιμες διαδικασίες στο ΕΣΗΔΗΣ – Τμήμα Διαβουλεύσεων η Δημόσια Διαβούλευση των τεχνικών Προδιαγραφών για την «Προμήθεια Φίλτρων Μονάδας Τεχνητού ΝΕΦΡΟΥ Μ.Τ.Ν.» (CPV: 33181000-2) στις 14.03.2018. 2. Η Επιτροπή Σύνταξης Τεχνικών Προδιαγραφών συνέταξε και υπέβαλε στο Γραφείο Προμηθειών το

υπ'αριθμ.4539/11.04.2018 έγγραφο – απάντηση (επισυνάπτεται), στα σχόλια της υπ'αριθμ. 2772/23.02.2018 Δημόσιας Διαβούλευσης (18DIAB000002719). 3. Διευκρινίζεται, ότι εκ μέρους των Μονάδων Τεχνητού Νεφρού (Κοζάνης και Πτολεμαΐδας), τηρούνται όλες οι πρέπουσες διαδικασίες από επιστημονικής πλευράς βάσει των ισχυουσών κατευθυντήριων γραμμών και επιστημονικών συμπερασμάτων που διέπουν την Νεφρολογία και οι οποίες στηρίζονται πάνω στις ισχύουσες οδηγίες της Ελληνικής Νεφρολογικής Εταιρείας (ΕΝΕ) και δεν αποτελούν αυθαίρετες απόψεις – ενέργειες. 4. Βάσει Νόμου, η επιλογή της θεραπείας του ασθενούς είναι μέλημα, ευθύνη και εναπόκειται στον Θεράποντα Ιατρό (Το υπ'αριθμ. 94221/30.10.2014 Οδηγία του ΕΟΦ). 5. Η χρήση των φίλτρων, σε ασθενείς που υποβάλλονται σε αιμοκάθαρση, καθορίζεται: (α) από τους θεράποντες ιατρούς και (β) με βάση τα χαρακτηριστικά των φίλτρων, ήτοι: είδος μεμβράνης, επιφάνεια μεμβράνης, τρόπος αποστείρωσης, συντελεστής υπερδιήθησης,, βιοσυμβατότητα, αποδοτικότητα, καθάρσεις ουσιών μικρού μοριακού βάρους (ουρία, κρεατινίνη, φωσφόρου), μέσου μοριακού βάρους (Β12 ινουλίνης) και σε συνδυασμό με τις ανάγκες των ασθενών. 6. Η μοναδική αρμόδια να αποφασίσει τους όρους του διαγωνισμού με βάση τις ανάγκες των ασθενών της και τις τεχνικές προδιαγραφές που εισάγουν οι θεράποντες ιατροί τους πρέπει να είναι αποκλειστικά η αναθέτουσα αρχή και όχι ο Προμηθευτής με βάση τους ισχυρισμούς της ενιστάμενης εταιρείας. 7. Τα χαρακτηριστικά των φίλτρων που ζητούνται στον εν λόγω διαγωνισμό, δεν «φωτογραφίζουν», καμία εταιρεία παρά μόνο λαμβάνουν τεχνικά χαρακτηριστικά των ήδη υπαρχόντων στην Ελληνική αγορά από ετών, καταξιωμένων οικονομικών φορέων στον χώρο παραγωγής φίλτρων αιμοκάθαρσης (π.χ.,,,,) που έχουν δοκιμαστεί επί σειρά ετών σε Νοσηλευτικά Ιδρύματα. 8. Τονίζεται ότι ο κάθε οικονομικός φορέας, δεν μπορεί να επιβάλλει το δικό του προσφερόμενο φίλτρο όταν δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές που καθορίστηκαν από τους θεράποντες ιατρούς, διότι όλα τα φίλτρα δεν είναι ίδια, αφού δεν έχουν τα ίδια χαρακτηριστικά και επομένως δεν ταιριάζουν στους εκάστοτε ασθενείς. 9. Είναι χρήσιμο να σημειωθεί ότι στα χαρακτηριστικά των φίλτρων της υπ'αριθμ. 5/2018 εν λόγω διακήρυξης δεν αναφέρονται σε εμπορική

ονομασία συγκεκριμένων προϊόντων, ώστε να αποκλείεται προφανώς η συμμετοχή άλλων προμηθευτών - οικονομικών φορέων, αλλά καθαρίζονται με την αναφορά τεχνικών όρων και υλικών κατασκευής των προς προμήθεια φίλτρων.

10. Το Ευρωπαϊκό πρότυπο EN ISO 8637 (EN ISO 8637:2014-01, τροποποίηση από το αναπτυσσόμενο νεότερο διεθνές πρότυπο ISO/FDIS 8637-1), καθορίζει τις απαιτήσεις για την χορήγηση σήματος CE, προκειμένου τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα να λάβουν την έγκριση κυκλοφορίας εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης (η σήμανση CE είναι «διαβατήριο» για την ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων στην Ευρωπαϊκή αγορά (www.chatzichristos.com/ce-marking) και δεν καθορίζει τις προδιαγραφές που η αναθέτουσα αρχή μπορεί επιπλέον να θέσει με βάση τις ανάγκες της, αφού προδιαγράψει την απαίτηση ύπαρξης σήματος CE από τα προσφερόμενα προϊόντα.

11. Η προμήθεια φίλτρων στο Νοσοκομείο ΚΟΖΑΝΗΣ, δεν έχει ικανοποιητική εφαρμογή από τους χρήστες - Νοσηλευτές και τους Θεράποντες Ιατρούς, αλλά επειδή προέκυψε οικονομικότερη προσφορά από τον εν λόγω οικονομικό φορέα (.....), χωρίς να υπάρχουν τεχνικά χαρακτηριστικά προς αξιολόγηση, η επιλογή της εταιρείας κατέστη μονόδρομος.

12. Από όσα γνωρίζουμε, ανάλογες ενέργειες έχουν γίνει από την εν λόγω Εταιρεία στο Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο Ιωαννίνων, που όμως του Διοικητικό Εφετείο Ιωαννίνων, απέρριψε το αίτημα χορήγησης προσωρινής διαταγής αναστολής εκτέλεσης της υπ'αριθμ. 17485/11.07.2017 Διακήρυξης για προμήθεια φίλτρων Μ.Τ.Ν. (Αριθμός Απόφασης: 28/2017).

13. Τα Νοσοκομεία Κοζάνης και Πτολεμαΐδας, αντιμετωπίζουν μόνιμους ογδόντα οκτώ (88) νεφροπαθείς (Πτολεμαΐδα: 53 & Κοζάνη: 35) καθώς και συμπληρωματικά περιστατικά (Πτολεμαΐδα: 10 & Κοζάνη: 10), που προκύπτουν είτε από διάφορες παθήσεις και χρήζουν «προσωρινής» αιμοκάθαρσης, είτε για κοινωνικούς λόγους (π.χ. εκδρομείς κ.α.).

14. Το Γενικό Νοσοκομείο «Μαμάτσειο»-«Μποδοσάκειο», (Νοσοκομεία Κοζάνης & Πτολεμαΐδας) λόγω των πρότυπων Μονάδων Λειτουργίας Τεχνητού Νεφρού, καλύπτει περιστατικά αιμοκαθαρόμενων ασθενών ολόκληρης της Δυτικής Μακεδονίας.

15. Στο Νοσοκομείο Πτολεμαΐδας, υπάρχει αιμοκαθαρόμενη ασθενής που υποβάλλεται σε αιμοκάθαρση με φίλτρο αυστηρών προδιαγραφών λόγω εκδήλωσης αλλεργικών συμπτωμάτων από χρήση άλλου

φίλτρου. Δεδομένων των άμεσων αναγκών για Προμήθεια Φίλτρων Μονάδας Τεχνητού Νεφρού του Γενικού Νοσοκομείου «Μαμάτσειο» - «Μποδοσάκειο», διασφαλίζοντας τον υγιή ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερόμενων οικονομικών φορέων και έχοντας ως πρώτιστο στόχο τη διασφάλιση & την παροχή ασφαλούς αιμοκάθαρσης στους ασθενείς του νομού μας (των πόλεων μας: Κοζάνης και Πτολεμαΐδας) αποφεύγοντας καταγγελίες ασθενών για κακής ποιότητας φίλτρα αιμοκάθαρσης, διεκδικούμε την απόρριψη του αιτήματος της προσφεύγουσας εταιρείας: «.....», περί αναστολής-διακοπής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, διότι αυτή παρακωλύει την ολοκλήρωση του εν λόγω διαγωνισμού καθώς και την εκτέλεση των συμβάσεων που θα προκύψουν. Η καθυστέρηση της προόδου του εν λόγω διαγωνισμού, παραπέμπει: (α) σε πρόχειρες λύσεις προμήθειας Φίλτρων Μ.Τ.Ν. μέσω της πλατφόρμας του COSMOONE, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία, για το Νοσοκομείο Κοζάνης. (β) ως εκ τούτου προκαλείται μη νόμιμη δαπάνη – κατάτμηση δαπάνης του αντίστοιχου ΚΑΕ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΦΙΛΤΡΩΝ».

10. 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».

11. 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».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

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

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α' 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) η αναθέτουσα αρχή αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής, επικαλούμενη εμμέσως το δημόσιο συμφέρον, λόγω της ανάγκης άμεσης προμήθειας φίλτρων καλής ποιότητας και χωρίς τον κίνδυνο κατάτμησης, όμως λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008). 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.

17. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως, η παράταση

του χρόνου της υποβολής προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία και συγκεκριμένα παρατείνει το χρόνο υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15.11.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Μανώλογλου Μαρία