

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1164/24.09.2019 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 25/2019 (αριθμός πρωτοκόλλου 15750/23.08.2019) Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 25/2019 (αριθμός πρωτοκόλλου 15750/23.08.2019) 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 30.08.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΔΙΑΛΥΜΑΤΩΝ ΑΙΜΟΔΙΥΛΙΣΗΣ» (...), συνολικού προϋπολογισμού τριακοσίων πενήντα έξι χιλιάδων εννιακοσίων έξι ευρώ και εννέα λεπτών (356.906,09 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. τριακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων τριακοσίων τριάντα ευρώ και ογδόντα δύο λεπτών (323.330,82 €), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25^η Σεπτεμβρίου 2019 και ώρα 15:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 25.09.2019 και ώρα 12:57:08 μ.μ. την προσφορά της, κατά δήλωσή της με επιφύλαξη, μεταξύ άλλων και για τα περιγραφόμενα είδη αιμοδιύλισης με α/α 4 και 6 του διαγωνισμού, η οποία παραμένει σφραγισμένη, λόγω αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δυνάμει της υπ' αριθμ. Α450/2019 Απόφασης περί αναστολής της προόδου της διαδικασίας και χορήγησης προσωρινών μέτρων. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 23.09.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 24.09.2019.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 25/2019 (αριθμός πρωτοκόλλου 15750/23.08.2019) Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι πρέπει να αντικατασταθούν οι περιγραφές των υπό α/α 4 και 6 περιγραφόμενων ειδών αιμοδιύλισης όπως αυτές περιλαμβάνονται τόσο στον Πίνακα Ειδών (σελ. 7-8 της διακήρυξης) όσο και στο Παράρτημα II - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ (σελ. 54 της διακήρυξης), 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 αντικατασταθεί στον Πίνακα Ειδών όσο και στο Παράρτημα II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της προσβαλλόμενης Διακήρυξης η περιγραφή του υπό α/α 4 προσφερόμενου είδους «*ΣΕΤ Διαλυμάτων αποτελείται από α) από μια φύσιγγα NaCl 1200gr και β) φύσιγγα Διττανθρακικού Na+ 720 gr με κιτρικό οξύ για σταθεροποιητή pH επεξεργασμένο σε σκόνη για παραμονή διαλύματος μετά από ανάμειξη με αντίστοιχους σάκους ηλεκτρολυτών*» με την

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

διατύπωση «ΣΕΤ Διαλυμάτων αποτελείται από α) από μια φύσιγγα NaCl 1200gr και β) φύσιγγα Διττανθρακικού Na+ 720 gr για παραμονή διαλύματος μετά από ανάμειξη με αντίστοιχους σάκους ηλεκτρολυτών» και να αντικατασταθεί τόσο στον Πίνακα Ειδών όσο και στο Παράρτημα II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της προσβαλλόμενης Διακήρυξης η περιγραφή του υπό α/α 6 προσφερόμενου είδους από «Φύσιγγα 750gr. NAHCO3 ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ για σταθεροποίηση pH» με την διατύπωση «Φύσιγγα 720 - 750gr. χημικά καθαρής και σταθερής σκόνης NAHCO3» και να τεθεί στην αντίστοιχη τεχνική προδιαγραφή η μνεία «Να επαρκεί για αιμοκάθαρση πέραν των τεσσάρων ωρών. Να ορισθεί ο χρόνος αιμοκάθαρσης που επαρκεί η φύσιγγα σε συνήθεις συνθήκες αιμοκάθαρσης (π.χ. με ροή διαλύματος περίπου 500 ml/min).».

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I, 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 20.09.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας CitiBank, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

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 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.

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

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 24.09.2019, 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. 1465/25.09.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 25.09.2019 και υπέβαλε στις 03.10.2019, 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, 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

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

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 ανάδειξη 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.).

13. 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. 25/2019 (αριθμός πρωτοκόλλου 15750/23.08.2019) διακήρυξης.

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

14. 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» και το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, στο κεφάλαιο 1 της Διακήρυξης με τίτλο «ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», άρθρο 1.3 με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης», στον «ΠΙΝΑΚΑ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» (σελ. 7-8) όσο και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της Διακήρυξης (σελ. 54-55), για το προσφερόμενο είδος αιμοδιύλισης με α/α 4, ορίζεται στην περιγραφή είδους ότι: «*ΣΕΤ Διαλυμάτων αποτελείται α) από μια φύσιγγα NaCl 1200 gr και β) φύσιγγα Διτανθρακικού Na+ 720 gr με κιτρικό οξύ για σταθεροποιητή pH επεξεργασμένο σε σκόνη για παραμονή διαλύματος μετά από ανάμειξη με αντίστοιχους σάκους ηλεκτρολυτών.*» και στην Τεχνική Προδιαγραφή, ότι: «*Οι φύσιγγες διτανθρακικού και NaCl είναι κατάλληλες για τα μηχανήματα Gambro. Επίσης οι φύσιγγες να είναι κατασκευασμένες από ατοξικό, φυσικό και χημικώς ανενεργό υλικό και να είναι ελεύθερες πυρετογόνων. Κάθε φύσιγγα να φέρει 2 φίλτρα πολυπροπυλενίου για κατακράτηση αδιάλυτων σωματιδίων. Ετικέτες φυσιγγίων:*
α) Ημερομηνία παρασκευής-λήξης
β) Αριθμός παρτίδας
γ) Σύσταση», ενώ για το προσφερόμενο είδος αιμοδιύλισης με α/α 6, ορίζεται στην περιγραφή είδους ότι: «*Φύσιγγα 750 gr. NaHCO₃ ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ για σταθεροποίηση pH*» και στην Τεχνική Προδιαγραφή, ότι: «*Οι φύσιγγες είναι κατασκευασμένες από πολυπροπυλένιο και φέρουν 2 φίλτρα τόσο στο άνω όσο και στο κάτω μέρος για την κατακράτηση αδιάλυτων σωματιδίων. Να φέρουν αντίστοιχη υποδοχή για μηχανήματα Gambro ή NIKKISO.*».

16. 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.).

17. 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 Cartiera dell' 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).

18. 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.

19. 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.).

20. 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).

21. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής (υπό II. «ΛΟΓΟΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», υπό 3-5), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «[...]. 3. Αναφορικά με την προδιαγραφή της περιεκτικότητας κιτρικού οξέως επαγόμαστε τα ακόλουθα: Οι φύσιγγες διττανθρακικών Bicart/BicartSelect που η εταιρεία μας προσφέρει στην Αναθέτουσα Αρχή είναι οι μοναδικές που διαθέτουν πιστοποίηση για χρήση με τα μηχανήματα Gambro AK-200S, AK200Ultra S, ενώ ταυτοχρόνως η εταιρεία ... είναι ο επίσημος κατασκευαστής των εν λόγω προϊόντων. Τα εν λόγω προϊόντα κυκλοφορούν στην αγορά σε παγκόσμια κλίμακα, χωρίς να υφίσταται μέχρι σήμερα ουδεμία αναφορά σε προβλήματα οξεοβασικής σταθερότητας.

4. Περαιτέρω, η παραγωγική διαδικασία της φύσιγγας διττανθρακικών που παράγει η εταιρεία μας τυγχάνει απολύτως αξιόπιστη καθώς έχει λάβει όλες τις αναγκαίες πιστοποιήσεις, σύμφωνα με τα διεθνή πρότυπα GMP και την Ευρωπαϊκή και Ελληνική Φαρμακοποιία, ώστε σε συνδυασμό με το πυκνόδιάλυμα ηλεκτρολυτών να παράγεται διάλυμα αιμοκάθαρσης που να δύναται να καλύπτει τις ανάγκες των ασθενών με απόλυτη ασφάλεια. Σύμφωνα λοιπόν με την παραγωγική διαδικασία, οι προσφερόμενες φύσιγγες διττανθρακικών Bicart/BicartSelect δεν απαιτούν κάποια πρόσμιξη σε κάποιο έκδοχο όπως το κιτρικό οξύ για την σταθεροποίηση του pH και δεν εμφανίζεται μεταβολική οξέωση.

5. Αντιθέτως η χρήση της συγκεκριμένης ουσίας (κιτρικού οξέως) μπορεί να επηρεάσει την τελική συγκέντρωση ηλεκτρολυτών του τελικού παραγόμενου διαλύματος καθώς το κιτρικό δεσμεύει ιόντα ασβεστίου και μαγνησίου και θα πρέπει να υπάρχει ειδική ενημέρωση στο ιατρικό και νοσηλευτικό προσωπικό κατά τη χρήση τους.». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου 18400/03.10.2019 Απόψεις της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, υποστηρίζει ότι: «[...]. Η αιτιολόγηση της υπό κρίση προσφυγής της Μονάδας Τεχνητού Νεφρού είναι η παρακάτω:

Αναφέρω ότι οι προδιαγραφές που έχουν κατατεθεί για τα διαλύματα και τις φύσιγγες είναι γενικές και δεν φωτογραφίζουν καμία φαρμακευτική εταιρεία.

Είναι συμβατές με διεθνείς τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές εμφανίζονται στις οδηγίες των KDOGI και KDIGO.

Ακόμα είναι συμβατές με τις παραδοχές της επιστήμης, όπως αυτές εμφανίζονται στα κλασσικά συγγράματα της εξωνεφρικής κάθαρσης: «Handbook of Dialysis, 5th edition 2015 John Dourgidas, Peter G. Blake κ.τ.λ.

Επίσης αναφέρονται και στο κλασσικό σύγγραμμα της νεφρολογίας “The Kidney Brennerand “Rector’s 10th Edition Elsevier”.

Υπάρχει βιβλιογραφική τεκμηρίωση στην προσθήκη κιτρικού στις φύσιγγες διττανθρακικών όσον αφορά την ανοχή στη θεραπεία, την αιμοδυναμική συμπεριφορά των ασθενών κατά τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης και τη σταθερότητα του PH που κάνει αναγκαία τη χρησιμοποίηση του στους ηλικιωμένους ασθενείς και στους ασθενείς με καρδιακή ανεπάρκεια.

Έχει παρατηρηθεί προς τα πρώτα είκοσι λεπτά της συνεδρίας αιμοκάθαρσης η τιμή του pH του διαλύματος μπορεί να ξεπεράσει τα προκαθορισμένα όρια του 6,8 έως 7,9. Μετά από την περίοδο αυτή η τιμή του PH σταθεροποιείται εντός των αποδεκτών τιμών.

Η παροδική αυτή αύξηση του PH εκτιμάται πως οφείλεται στην παρουσία ιχνών ανθρακικού νατρίου στο χρησιμοποιούμενο διττανθρακικό νάτριο.

Το ανθρακικό νάτριο είναι περισσότερο διαλυτό από το διττανθρακικό, οπότε στα αρχικά λεπτά της συνεδρίας παρατηρείται αύξηση του PH λόγω της

διαλυτοποίησης του ανθρακικού νατρίου. Μόλις το ανθρακικό νάτριο διαλυτοποιηθεί το PH σταθεροποιείται.

Για να αντιμετωπίσουμε αυτή την παροδική αύξηση του PH μαζί με το διττανθρακικό νάτριο, χρησιμοποιείται άνυδρο κιτρικό οξύ σαν ρυθμιστής οξύτητας.

Για τους ανωτέρω λόγους η χρησιμοποίηση κιτρικού οξέως έχει ως αποτέλεσμα η έναρξη της συνεδρίας να επιτυγχάνεται και έτσι να αποφεύγεται η μεγαλύτερη παραμονή του ασθενούς και η περαιτέρω ταλαιπωρία του.

Βιβλιογραφία: Gabutti L. BMC Nefrology

Grundsrom G. ERA-EDTA congress 2012

Kuragano T. Artif organs 2011 Sep. 29

Dalmon S. Then ApHer Dial 2011 κ.τ.λ.

Και τέλος είναι συμβατές με την κοινωνική απαίτηση να μην ταλαιπωρούνται οι ασθενείς με υποτασικά επεισόδια κατά τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης.

Σημείωση: Η εταιρεία ... είχε καταθέσει προδικαστική προσφυγή & ασφαλιστικά μέτρα (...) στον προηγούμενο δ/σμο «ΔΙΑΛΥΜΑΤΑ ΑΙΜΟΔΙΥΛΙΣΗΣ» για τα ίδια υλικά και η απόφαση του εφετείου Χανίων με αριθμό ... (επισυνάπτεται) ήταν “απορρίπτεται η αίτηση”.

Συνεπώς θεωρούμε ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, για λόγους δημοσίου συμφέροντος.».

22. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες αναφορές. Όπως προέκυψε από το προσκομιζόμενο μετ' επικλήσεως με την υπό κρίση προσφυγή, σχετικό 4, η προσφεύγουσα υπέβαλε προς την αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια της 1^{ης} Δημόσιας Διαβούλευσης των Τεχνικών Προδιαγραφών του επίμαχου διαγωνισμού, την από 18.06.2019 Επιστολή της με θέμα: «Παρατηρήσεις της εταιρείας ...Hellas επί της 1^{ης} Δημόσιας Διαβούλευσης των Τεχνικών Προδιαγραφών για την προμήθεια «ΔΙΑΛΥΜΑΤΩΝ ΑΙΜΟΔΙΥΛΙΣΗΣ Μ.Τ.Ν.»», δυνάμει της οποίας, αναφορικά με την προσβαλλόμενη προδιαγραφή με α/α 4 της διακήρυξης, έθεσε υπόψη της

αναθέτουσας αρχής, την¹ παρατήρησή της, όπου ανέφερε τα εξής: «**1**

παρατήρηση:

Τεθείσα προδιαγραφή 2: Φύσιγγα 750γρ. NaHCO_3 ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ 50% για σταθεροποίηση pH

Προτεινόμενη διατύπωση:

2. Φύσιγγα 720 - 750γρ. χημικά καθαρής και σταθερής σκόνης NaHCO_3

ΠΡΟΣΘΗΚΗ: Να επαρκεί για αιμοκάθαρση πέραν των τεσσάρων ωρών. Να ορισθεί ο χρόνος αιμοκάθαρσης που επαρκεί η φύσιγγα σε συνήθεις συνθήκες αιμοκάθαρσης (π.χ. με ροή διαλύματος περίπου 500 ml/min).

Αιτιολόγηση:

Αναφορικά με την A/A 2η τεθείσα προδιαγραφή για το είδος «Φύσιγγα 750 γρ. NaHCO_3 ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ 50% για σταθεροποίηση pH» ζητούμε να τροποποιηθεί σε «Φύσιγγα 720 – 750 γρ. χημικά καθαρής και σταθερής σκόνης NaHCO_3 ».

Η τροποποίηση αυτή ζητείται καθότι η παραγωγική διαδικασία της φύσιγγας διττανθρακικών που παράγει η εταιρία μας είναι αξιόπιστη και πιστοποιημένη σύμφωνα με τα διεθνή πρότυπα GMP και την Ευρωπαϊκή και Ελληνική Φαρμακοποιία, ώστε σε συνδυασμό με το πυκνό διάλυμα ηλεκτρολυτών να παράγεται διάλυμα αιμοκάθαρσης που να μπορεί να καλύπτει τις ανάγκες των ασθενών με ασφάλεια. Σύμφωνα λοιπόν με την παραγωγική διαδικασία οι φύσιγγες διττανθρακικών δεν χρειάζονται κάποια πρόσμιξη σε κάποιο έκδοχο όπως είναι το κιτρικό οξύ για την σταθεροποίηση του pH και δεν εμφανίζεται μεταβολική οξέωση.

Επίσης ζητούμε να τροποποιηθεί η απαίτηση αναφορικά με τα γραμμάρια της σκόνης διττανθρακικών σε 720 – 750 γρ και να προστεθεί σαν απαίτηση πως πρέπει «Να επαρκεί για αιμοκάθαρση πέραν των τεσσάρων ωρών. Να ορισθεί ο χρόνος αιμοκάθαρσης που επαρκεί η φύσιγγα σε συνήθεις συνθήκες αιμοκάθαρσης (π.χ. με ροή διαλύματος περίπου 500 ml/min).».

Η τροποποίηση ζητείται καθώς τα γραμμάρια της περιεχόμενης ποσότητας σε NaHCO_3 δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη ως ένας απόλυτος

αριθμός αλλά να σχετίζονται ουσιαστικά με τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης για την οποία επαρκούν.

Συγκεκριμένα, οι φύσιγγες διττανθρακικού νατρίου σε σκόνη των 720gr, τις οποίες διαθέτει η εταιρεία μας, επαρκούν πλήρως για κάθαρση 4 ωρών και 50 λεπτών σε ρύθμιση του μηχανήματος με ρυθμό ροής διαλύματος αιμοκάθαρσης 700 ml/min ή για κάθαρση 6 ωρών και 45 λεπτών με ρυθμό ροής διαλύματος 500 ml/min. Η σύσταση αυτή καλύπτει πλήρως τις ανάγκες της μονάδας σας για το σύνολο των ασθενών της καθώς ο συνήθης μέσος χρόνος αιμοκάθαρσης είναι 4 ώρες.». Σε απάντηση της ανωτέρω παρατήρησης, η αναθέτουσα αρχή, τοποθετήθηκε (βλ. συνημμένο στην προσφυγή σχετικό 5) με την επιστολή της, με θέμα: «Απάντηση στη διαβούλευση όσον αφορά τα διαλύματα αιμοκάθαρσης», ως εξής: «**2^η παρατήρηση**

Η διαφωνία σας είναι η παρουσία του κιτρικού οξέως στη φύσιγγα NaHCO₃.

Όπως γνωρίζεται το κιτρικό οξύ πέρα το ότι είναι σταθεροποιητής του PH έχει και άλλες ιδιότητες όπως αντιοξειδωτικές, αντιπηκτικές κ.τ.λ.». Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προέκυψε ότι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ουδεμία αναφορά σε προβλήματα οξεοβασικής σταθερότητας διαπιστώνεται για φύσιγγα διττανθρακικού νατρίου, χωρίς την παρουσία κιτρικού οξέως και εξ αυτού του λόγου, οι προσφερόμενες από την προσφεύγουσα φύσιγγες διττανθρακικών Bicart/BicartSelect δεν απαιτούν κάποια πρόσμιξη με κάποιο έκδοχο όπως το κιτρικό οξύ για την σταθεροποίηση του pH, δοθέντος ότι δεν εμφανίζεται μεταβολική οξέωση. Όπως μάλιστα επισημαίνει η προσφεύγουσα, η πιστοποίηση των προσφερόμενων από αυτήν ειδών, σε συνδυασμό με το πυκνό διάλυμα ηλεκτρολυτών έχουν ως συνέπεια, να παράγεται διάλυμα αιμοκάθαρσης, το οποίο καλύπτει τις ανάγκες των ασθενών με απόλυτη ασφάλεια. Τέλος, βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η χρήση της συγκεκριμένης ουσίας (κιτρικού οξέως) μπορεί να επηρεάσει την τελική συγκέντρωση ηλεκτρολυτών του τελικού παραγόμενου διαλύματος, καθώς, όπως τονίζει, το κιτρικό δεσμεύει ιόντα ασβεστίου και μαγνησίου και θα πρέπει να υπάρχει ειδική ενημέρωση στο ιατρικό και νοσηλευτικό προσωπικό,

προκειμένου να μην υπάρξουν επιπλοκές κατά τη χρήση τους. Σε συνέχεια των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας, συνάγεται από τη διατύπωση του προσβαλλόμενου όρου με α/α 4 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, ότι, προκειμένου να σχηματιστεί η σύνθεση του τελικού διαλύματος αιμοκάθαρσης, απαιτείται το σετ του διαλύματος να περιέχει: α) μία φύσιγγα NaCl 1200 gr., β) φύσιγγα διττανθρακικού Na⁺ 720 gr. με κιτρικό οξύ για σταθεροποιητή pH επεξεργασμένο σε σκόνη και τέλος, την ανάμειξη των ανωτέρω με τον απαιτούμενο από την με α/α 2 τεχνική προδιαγραφή, σάκο διαλύματος ηλεκτρολυτών, ο οποίος σύμφωνα με τα ρητά αναφερόμενα εκεί, περιέχει και οξικό οξύ, το οποίο χρησιμοποιείται εναλλακτικά με το κιτρικό οξύ και επιτελούν επί της ουσίας την ίδια λειτουργία, ήτοι λειτουργούν σαν σταθεροποιητές του pH. Η ανωτέρω παραδοχή προκύπτει τόσο από την 3^η παρατήρηση της προσφεύγουσας, επί της τεθείσας προδιαγραφής που αφορούσε τον σάκο του διαλύματος των ηλεκτρολυτών, κατά τη διάρκεια της διεξαγωγής της δημόσιας διαβούλευσης, όπου χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι: «...Ο σάκος να περιέχει γλυκόζη και σε άλλα όχι, πυκνού διαλύματος ηλεκτρολυτών K⁺, Ca⁺⁺, Mg, υπό μορφή χλωριούχων αλάτων και οξικό ή κιτρικό οξύ...». Η προτεινόμενη τροποποίηση, καίτοι δεν έγινε δεκτή στην τελική διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και συγκεκριμένα στη με α/α 2 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, συνιστά αδιαμφισβήτητο γεγονός, το οποίο όχι μόνο δεν αναιρεί η αναθέτουσα αρχή, αλλά αντιθέτως, επιβεβαιώνει με την απάντησή της στις προτεινόμενες τροποποιήσεις εκ μέρους της προσφεύγουσας, όπου επισημαίνει επί της 3^{ης} παρατήρησης, τα εξής: «Στους σάκους διαλύματος ζητούνται:

α) Σάκους με διαφορετικές συγκεντρώσεις Na⁺, K⁺, Ca⁺⁺, Mg, γλυκόζης ανάλογα με τις ανάγκες των ασθενών. **Κιτρικό οξύ δε χρήζει από τη στιγμή που ο σάκος περιέχει οξικό.**

Τέλος στους σάκους, η ετικέτα δεν ζητώ να αναφέρεται η ημερομηνία παραγωγής και η σύνθεση τελικού προϊόντος διαλύματος.

Συμφωνώ να αναγράφεται η ημερομηνία λήξης και ο αριθμός παρτίδος για την ασφάλεια του προϊόντος». Συνεπώς, από τις ανωτέρω γενόμενες

παραδοχές, συνάγεται ότι η απαίτηση παρουσίας κιτρικού οξέως στην προσβαλλόμενη με α/α 4 τεχνική προδιαγραφή, σαν σταθεροποιητής του pH εντός της φύσιγγας σκόνης διττανθρακικού Na⁺, αφενός δεν είναι απαραίτητη, καθώς το περιεχόμενο της εν λόγω φύσιγγας, θα αναμειχθεί με τον σάκο διαλύματος ηλεκτρολυτών, προκειμένου να παραχθεί το τελικό διάλυμα για την αιμοκάθαρση και άρα, εφόσον αυτός περιέχει οξικό οξύ, η παρουσία του αποκλείει την ταυτόχρονη παρουσία και του κιτρικού οξέως, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, αφετέρου, δεν είναι προφανές στο οικείο Κλιμάκιο, για ποιο λόγο, ενώ στον σάκο διαλύματος ηλεκτρολυτών προβλέπεται η παρουσία οξικού οξέως, δεν προβλέφθηκε εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, όπως προτάθηκε από την προσφεύγουσα, εναλλακτικά η παρουσία του κιτρικού οξέως, όχι με τη μορφή σκόνης στη φύσιγγα διττανθρακικού νατρίου, αλλά σαν συστατικό εντός του σάκου διαλύματος ηλεκτρολυτών της με α/α 2 τεχνικής προδιαγραφής της διακήρυξης. Τα ανωτέρω δε, ουδόλως καταρρίπτονται, αλλά αντιθέτως συνάδουν απόλυτα με τους εξίσου βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα η τελευταία υποστηρίζει ότι η χρήση κιτρικού οξέως εδράζεται στο γεγονός ότι η προσθήκη του στις φύσιγγες διττανθρακικών αφορά την ανοχή στη θεραπεία, την αιμοδυναμική συμπεριφορά των ασθενών κατά τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης και τη σταθερότητα του pH που κάνει αναγκαία τη χρησιμοποίηση του στους ηλικιωμένους ασθενείς και στους ασθενείς με καρδιακή ανεπάρκεια, επικαλούμενη σχετική βιβλιογραφική τεκμηρίωση. Μάλιστα, υπογραμμίζει ότι κατά τα πρώτα είκοσι λεπτά της συνεδρίας αιμοκάθαρσης, έχει διαπιστωθεί ότι η τιμή του pH του διαλύματος μπορεί να ξεπεράσει τα προκαθορισμένα όρια του 6,8 έως 7,9, πιθανότατα εξαιτίας της παρουσίας ιχνών ανθρακικού νατρίου στο χρησιμοποιούμενο διττανθρακικό νάτριο ενώ μετά από την περίοδο αυτή η τιμή του pH σταθεροποιείται εντός των αποδεκτών τιμών. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι το ανθρακικό νάτριο είναι περισσότερο διαλυτό από το διττανθρακικό, οπότε στα αρχικά λεπτά της συνεδρίας παρατηρείται αύξηση του pH, λόγω της διαλυτοποίησης του ανθρακικού νατρίου, ενώ το ανθρακικό νάτριο σταθεροποιείται, μόλις διαλυτοποιηθεί το pH. Για τον λόγο αυτό και

προκειμένου να αντιμετωπιστεί αυτή την παροδική αύξηση του pH μαζί με το διττανθρακικό νάτριο, χρησιμοποιείται άνυδρο κιτρικό οξύ σαν ρυθμιστής οξύτητας. Προσέτι, η αναθέτουσα αρχή καταλήγει ότι η χρησιμοποίηση κιτρικού οξέως έχει ως αποτέλεσμα η έναρξη της συνεδρίας να επιτυγχάνεται ομαλά και έτσι να αποφεύγεται η μεγαλύτερη παραμονή του ασθενούς στο μηχάνημα αιμοδιύλισης και η περαιτέρω ταλαιπωρία του. Προς υποστήριξη της διατύπωσης του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται επιπλέον την κοινωνική απαίτηση να μην προκαλείται περαιτέρω ταλαιπωρία των ασθενών με υποτασικά επεισόδια κατά τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης. Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι η προσφεύγουσα, απέδειξε τη δυνατότητα διεξαγωγής της διαδικασίας χωρίς την παρουσία κιτρικού οξέως για τη σταθεροποίηση του pH εντός της φύσιγγας σκόνης διττανθρακικού νατρίου, αλλά με τη δυνατότητα παρουσίας του συστατικού αυτού, εντός του σάκου διαλύματος ηλεκτρολυτών, εναλλακτικά με το οξικό οξύ, το οποίο ήδη πράγματι προβλέφθηκε σαν αναγκαίο συστατικό στην αντίστοιχη τεχνική προδιαγραφή. Το ανωτέρω γεγονός άλλωστε δεν αντέκρουσε ρητά και η αναθέτουσα αρχή, η οποία καίτοι απολύτως ορθά επιδιώκει να λάβει υπόψη της, κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών του εν λόγω διαγωνισμού, ένα πρόσθετο κριτήριο, το οποίο σχετίζεται με τη φύση των προς προμήθεια ειδών και τον προορισμό τους για την εξυπηρέτηση αναγκών ευπαθών ομάδων του πληθυσμού, οι οποίες στα πλαίσια εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, δεν θα πρέπει να αμελλούνται και αποτελούν μία καταλυτική παράμετρο, κατά τον σχεδιασμό των τεχνικών προδιαγραφών, εντούτοις δεν μπόρεσε να στοιχειοθετήσει επαρκώς την αναπόδραστη αναγκαιότητα να τεθεί το κιτρικό οξύ σαν περιεχόμενο της φύσιγγας διττανθρακικού Na^+ και όχι σαν συστατικό του σάκου διαλύματος ηλεκτρολυτών, εναλλακτικά με το οξικό οξύ, το οποίο απαιτείται να περιέχεται σε αυτόν. Ειδικά μάλιστα, αφ' ης στιγμής, η διατύπωση των επίμαχων όρων, οδηγεί σε *de facto* αδυναμία της προσφεύγουσας να υποβάλλει προσφορά για τα υπόψη είδη, δεδομένου ότι η τελευταία είναι μεν σε θέση να προσφέρει σάκους διαλύματος ηλεκτρολυτών, οι οποίοι περιέχουν οξικό οξύ σαν σταθεροποιητή του pH, ωστόσο, η αναγκαστική απαίτηση για

παρουσία του κιτρικού οξέως στη φύσιγγα διττανθρακικού Na⁺ αποκλείει εκ προοιμίου την ταυτόχρονη χρήση τους με τους ανωτέρω σάκους διαλύματος ηλεκτρολυτών. Εξάλλου, όπως δηλώνει η προσφεύγουσα δεν διαθέτει ως προσφερόμενο είδος φύσιγγες διττανθρακικού Na⁺ που περιέχουν κιτρικό οξύ, είναι όμως σε θέση να προσφέρει σάκους διαλύματος ηλεκτρολυτών, με οξικό οξύ, των οποίων η ανάμειξη με τις φύσιγγες διττανθρακικού Na⁺, χωρίς κιτρικό οξύ παράγει το ζητούμενο τελικό διάλυμα αιμοκάθαρσης, με σταθεροποιητή pH, σύμφωνα με τους κανόνες της εθνικής και ευρωπαϊκής φαρμοκοποιίας, όπως φαίνεται να είναι η τελική επιδίωξη της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ περισσού δε τονίζεται ότι η επίκληση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, της υπ' αριθμ. 50/2017 απόφασης του ΔΕφΧανίων (Αναστ) δεν μπορεί να θεωρηθεί βάσιμα ότι επιρρωνύει τους ισχυρισμούς της ή ότι καταρρίπτει τα ως άνω εκτεθέντα, καθώς όπως προκύπτει από τη σκέψη 12 της εν λόγω απόφασης, δεν υπήρξε ουσιαστική κρίση του αρμόδιου Δικαστηρίου, αλλά κατά πιθανολόγηση απορρίφθηκε ως αβάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός της εκεί αιτούσας (και νυν προσφεύγουσας) που έβαλε κατά της αξιολόγησης της εκεί αναφερόμενης αναθέτουσας αρχής επί της τεχνικής προσφοράς της και αφορούσε την κρίση της τελευταίας περί μη συμμόρφωσης των προσφερόμενων ειδών της νυν προσφεύγουσας με απαραίτους όρους της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, ο λόγος προσφυγής που έβαλε κατά της αιτιολογίας της συγκεκριμένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε απορριπτέος ως απαραίδεκτος *«...διότι με αυτόν η αιτούσα χωρίς να προσάπτει ειδικότερες πλημμέλειες στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης, με την οποία θεωρήθηκε μη αποδεκτή η προσφορά της στο εν λόγω είδος, αναφέρεται σε τεχνικής φύσεως χαρακτηριστικά του προσφερόμενου από αυτήν είδους, τα οποία όμως ελήφθησαν υπόψη και εκτιμήθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή, για την εκφορά της κρίσης της, η κρίση δεν αυτή επί τεχνικής φύσεως ζητημάτων, είναι ανέλεγκτη ακυρωτικά.»*. Ειδικότερα, το δικάσαν Δικαστήριο έκρινε περαιτέρω ότι ο εκεί κρινόμενος ισχυρισμός της αιτούσας (και νυν προσφεύγουσας) σχετικά με τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, τα οποία δεν περιείχαν την απαιτούμενη ουσία *«κιτρικό οξύ»* και άρα δεν συμμορφώνονταν με ρητά απαιτούμενο όρο της

διακήρυξης, δεν πιθανολογείται ως βάσιμος, καθώς ισχυρισμός «...*με τον οποίο αναπτύσσονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προσφερόμενων από αυτήν ειδών σε σύγκριση με τα αναγραφόμενα στη διακήρυξη, αφορά σε κρίση επί τεχνικής φύσεως ζητημάτων, η οποία είναι ανέλεγκτη ακυρωτικώς.*» και έτσι δεν περιέλαβε στο διατακτικό της απόφασης, ουσιαστική κρίση περί της ορθότητας ή μη των συναφών με την παρούσα περίπτωση, ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, κομβικής σημασίας στοιχείο για τον σχηματισμό της κρίσης του οικείου Κλιμακίου είναι, ανεξάρτητα από τη δυνατότητα λειτουργίας των μηχανημάτων με φύσιγγες διττανθρακικού νατρίου με ή χωρίς κιτρικό οξύ, σαν σταθεροποιητή του pH, γεγονός στο οποίο φαίνεται κατά το μάλλον ή ήττον να ομονοούν η προσφεύγουσα με την αναθέτουσα αρχή, η επικαλούμενη ανακούφιση που παρέχει στους ασθενείς η αναγκαιότητα για την ύπαρξη κιτρικού οξέως ή οξικού οξέως στο διάλυμα και η λειτουργία των μηχανημάτων με τη μικρότερη δυνατή καταπόνηση του οργανισμού των ασθενών. Η επίτευξη όμως του ανωτέρω στόχου δεν αποδείχθηκε πέραν πάσης αμφιβολίας εκ μέρους της αναθέτουσας ότι επιτυγχάνεται με την υποχρεωτική παρουσία του κιτρικού οξέως μόνο στη φύσιγγα διττανθρακικού Na+. Αντιθέτως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, θα μπορούσε να τεθεί εναλλακτικά σαν απαιτούμενο συστατικό του σάκου διαλύματος ηλεκτρολυτών, εντός του οποίου προβλέφθηκε ήδη σαν αναγκαία προδιαγραφή η παρουσία του οξικού οξέως, επιτελώντας την ίδια λειτουργία με το κιτρικό οξύ, όπως προέκυψε από τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς και δεν αμφισβητήθηκε ούτε από την προσφεύγουσα ούτε όμως και από την αναθέτουσα αρχή,. Ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμος και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

23.Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής (υπό II. «ΛΟΓΟΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», υπό 6-7), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «[...]. 6. Αναφορικά με την προδιαγραφή των απαιτούμενων 750 γραμμαρίων

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

σκόνης στις φύσιγγες διττανθρακικών αντί των εκ της εταιρείας μας προταθέντων 720γρ.-750 γρ., επαγόμαστε τα ακόλουθα:

Τα γραμμάρια της περιεχόμενης ποσότητας σε NaHCO_3 δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη ως ένας απόλυτος αριθμός αλλά να σχετίζονται ουσιαστικά με τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης για την οποία επαρκούν. Συγκεκριμένα, οι φύσιγγες διττανθρακικού νατρίου σε σκόνη των 720 gr, τις οποίες διαθέτει η εταιρεία μας, επαρκούν πλήρως για κάθαρση 4 ωρών και 50 λεπτών σε ρύθμιση του μηχανήματος με ρυθμό ροής διαλύματος αιμοκάθαρσης 700 ml/min ή για κάθαρση 6 ωρών και 45 λεπτών με ρυθμό ροής διαλύματος 500 ml/min. Η σύσταση αυτή καλύπτει πλήρως τις ανάγκες της μονάδας της Αναθέτουσας Αρχής για το σύνολο των ασθενών της καθώς ο συνήθης μέσος χρόνος αιμοκάθαρσης είναι 4 ώρες. Ως εκ τούτου η εταιρεία μας παρανόμως αποκλείεται ex ante από τον διαγωνισμό για το συγκεκριμένο τμήμα του Διαγωνισμού αφ'ης στιγμής το προσφερόμενο από την εταιρεία μας προϊόν αποτελείται από 720 γρ. σταθερής σκόνης NaHCO_3 .

7. Αξίζει καταληκτικά να σημειωθεί ότι τα ανωτέρω ετέθεσαν υπόψη της Αναθέτουσας Αρχής κατά την διαδικασία της πρώτης δημόσιας διαβούλευσης για τον επίδικο Διαγωνισμό (Σχετικό 4 προσκομιζόμενο και επικαλούμενο) όμως η τελευταία αντέκρουσε με ελλιπείς και αβάσιμες αιτιολογίες τις εν λόγω ουσιαστικές και εύστοχες παρατηρήσεις μας για τα υπό α/α 4 και 6 τμήματα του Διαγωνισμού, αποκλείοντάς μας τοιουτοτρόπως από τα αντίστοιχα τμήματα (Σχετικό 5 προσκομιζόμενο και επικαλούμενο). [...]». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες Απόψεις της, υποστηρίζει τα αναφερόμενα αναλυτικά ανωτέρω στη σκέψη 21 της παρούσας, στην οποία και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

24. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Όπως προέκυψε από το προσκομιζόμενο μετ' επικλήσεως με την υπό κρίση προσφυγή, σχετικό 4, η προσφεύγουσα με την προαναφερθείσα από 18.06.2019 Επιστολή της, σε σχέση με την προσβαλλόμενη προδιαγραφή με

α/α 6 της διακήρυξης, έθεσε υπόψη της αναθέτουσας αρχής, τη 2^η παρατήρησή της, όπου ανέφερε τα εξής: «**2^η παρατήρηση:**

Τεθείσα προδιαγραφή 4: ΣΕΤ Διαλυμάτων αποτελείται από α) από μια φύσιγγα NaCl 1200 gr και β) φύσιγγα Διττανθρακικού Na+ 720 gr **με κιτρικό οξύ 50% για σταθεροποιητή pH επεξεργασμένο σε σκόνη** για παραμονή διαλύματος μετά από ανάμειξη με αντίστοιχους σάκους ηλεκτρολυτών.

Προτεινόμενη διατύπωση:

4. ΣΕΤ Διαλυμάτων αποτελείται από α) από μια φύσιγγα NaCl 1200gr και β) φύσιγγα Διττανθρακικού Na+ 720 gr για παραμονή διαλύματος μετά από ανάμειξη με αντίστοιχους σάκους ηλεκτρολυτών.

Αιτιολόγηση:

Η αιτιολόγηση είναι κοινή με την τεθείσα τεχνική προδιαγραφή με α/α 2. που αναφέρθηκε παραπάνω.», παραπέμποντας ουσιαστικά στην αιτιολόγηση που περιέλαβε στις παρατηρήσεις για την τροποποίηση του επίμαχου όρου, όπως αναφέρθηκε αναλυτικά ανωτέρω στη σκέψη 22 της παρούσας. Σε απάντηση της ανωτέρω παρατήρησης, η αναθέτουσα αρχή, ανέφερε (βλ. συνημμένο στην προσφυγή σχετικό 5) στην ανωτέρω επιστολή της, τα ακόλουθα: «**1^η παρατήρηση**

παρατήρηση

Θέλουμε τη φύσιγγα 750 γρ. NaHCO₃ ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ 50% για σταθεροποίηση PH.

Διότι αν χρησιμοποιηθούν φύσιγγες 720 γρ. επαρκούν για αιμοκάθαρση περίπου 4 ωρών.

Όταν οι ασθενείς υποβάλλονται, ένας αριθμός ποικίλει σε αιμοκάθαρση μεγαλύτερων των 4,5-5 ωρών δεν του επαρκεί η φύσιγγα των 720 γρ.».

Ωστόσο, αναφορικά με τη ζητούμενη ποσότητα των 750 gr. που απαιτείται να διαθέτουν τα προσφερόμενα υπό α/α 6 είδη (φύσιγγα NaHCO₃ ξηράς σκόνης με κιτρικό οξύ για σταθεροποίηση pH), όπως βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα και ήδη έθεσε υπόψη της αναθέτουσας αρχής κατά τη διεξαγωγή της διαβούλευσης με την αγορά, τα γραμμάρια της περιεχόμενης ποσότητας σε NaHCO₃ δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη ως ένας απόλυτος αριθμός. Αντιθέτως πρέπει να σχετίζονται ουσιαστικά με τη διάρκεια της

αιμοκάθαρσης για την οποία επαρκούν. Συγκεκριμένα, όπως εξέθεσε και υποστήριξε βάσιμα η προσφεύγουσα, οι προσφερόμενες από αυτήν φύσιγγες διττανθρακικού νατρίου σε σκόνη των 720gr, επαρκούν πλήρως για κάθαρση 4 ωρών και 50 λεπτών σε ρύθμιση του μηχανήματος με ρυθμό ροής διαλύματος αιμοκάθαρσης 700 ml/min ή για κάθαρση 6 ωρών και 45 λεπτών με ρυθμό ροής διαλύματος 500 ml/min. Σύμφωνα δε με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τους οποίους δεν αντέκρουσε επαρκώς η αναθέτουσα αρχή, η σύσταση των προσφερόμενων από την προσφεύγουσα ειδών, καλύπτει πλήρως τις ανάγκες της μονάδας της Αναθέτουσας Αρχής για το σύνολο των ασθενών της, καθώς ο συνήθης μέσος χρόνος αιμοκάθαρσης κυμαίνεται στις 4 ώρες. Εντούτοις, καθίσταται σαφές, ότι ενόψει της ανάλυσης που προηγήθηκε ανωτέρω στη σκέψη 22 της παρούσας, πέρα από την περιλαμβανόμενη ποσότητα των 720 ή των 750 gr. των προσφερόμενων φύσιγγων, τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα είδη, εκ προοιμίου δεν μπορούν να πληρούν τους όρους της διακήρυξης για την με α/α 6 τεχνική προδιαγραφή, καθώς, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει, δεν διαθέτει φύσιγγα, τα οποία περιλαμβάνουν κιτρικό οξύ ως σταθεροποιητή του pH. Κατά συνέπεια, ενόψει των παραδοχών που περιλαμβάνονται ανωτέρω στη σκέψη 21 της παρούσας και οι οποίες ισχύουν *mutatis mutandis*, η αναθέτουσα αρχή πράγματι σφάλλει, καθώς δεν συνδέει τεκμηριωμένα την απαιτούμενη ποσότητα των 750 gr. της με α/α 6 ζητούμενης τεχνικής προδιαγραφής για τα φύσιγγα NaHCO₃ ξηράς σκόνης, με τον ρυθμό ροής διαλύματος αιμοκάθαρσης και ειδικότερα, δεν απαντάει για ποιόν λόγο η ποσότητα των προσφερόμενων ειδών της προσφεύγουσας, ποσότητας 720 gr. τίθεται εκ προοιμίου εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας για το επίμαχο τμήμα του Διαγωνισμού. Προσέτι, όπως ήδη αναπτύχθηκε διεξοδικά (βλ. σκέψη 22), τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα είδη, αποδεδειγμένα αποκλείονται *de facto* χωρίς επαρκή αιτιολόγηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, κατά τα λοιπά τεχνικά χαρακτηριστικά τους από τα αντίστοιχα φύσιγγα των 750 gr. για λόγους ποιοτικούς και συγκεκριμένα, λόγω της απουσίας κιτρικού οξέως σε συστατικό των φύσιγγων διττανθρακικού Na⁺, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός

Αριθμός Απόφασης: 1285/2019

ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

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

26. 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. 25/2019 (αριθμός πρωτοκόλλου 15750/23.08.2019) Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 18 Νοεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη