

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 16 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:, Ιωάννης Κίτσος - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1385/12.11.2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στην, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής 1^η Παρεμβαίνουσα), η οποία εδρεύει στις και κατέθεσε τις από 20.11.2019 και 11.12.2019 Παρεμβάσεις της, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής 2^η Παρεμβαίνουσα), η οποία εδρεύει στις και κατέθεσε την από 22.11.2019 Παρέμβασή της, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση της από 25.10.2019 Συνεδρίασης (θέμα Α1) του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που αποκλείστηκε από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας η ίδια για τα είδη με α/α 1,2 και 4, καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη.

Με τις Παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 27/2020

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €625,80 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../2019 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής περίληψη της οποίας δημοσιεύτηκε με ανάρτηση τόσο στη διαδικτυακή πύλη του ΚΗΜΔΗΣ στις 14.03.2019 με ΑΔΑΜ, όσο και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ (.....) την ίδια ημερομηνία, προκηρύχθηκε, ανοικτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια ηθμών διάλυσης (Φίλτρων Μονάδας Τεχνητού Νεφρού), για τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για 12 μήνες, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 153.085,70 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 13% ή 172.986,84 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και με ημερομηνίες έναρξης - λήξης υποβολής προσφορών την 15.03.2019 και την 05.04.2019, αντίστοιχα και με ημερομηνία διενέργειας την 12.04.2019.

3. Επειδή, δυνάμει της απόφασης της από 25.10.2019 Συνεδρίασης (θέμα Α1) του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν τα πρακτικά της αρμόδιας επιτροπής επί των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και επί των οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού και η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τα ακόλουθα είδη και με τις ακόλουθες αιτιολογίες: για το είδος με α/α 1 και περιγραφή στη διακήρυξη «*Κατηγορία Α.2. Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Kuf > 20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης >1,5m2 (1.5-2.3) ή ισοδύναμο (Μεμβράνη πολυσουλφόνης επικαλυμμένη εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane ή ισοδύναμό της)*» με την αιτιολογία ότι « ... *ΤΟ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΟ ΦΙΛΤΡΟ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΕΝ ΔΙΑΘΕΤΕΙ ΜΕΜΒΡΑΝΗ ΤΥΠΟΥ REXBRANE Ή ΙΣΟΔΥΝΑΜΟ ΤΗΣ*», για το είδος με α/α 2 και περιγραφή στη διακήρυξη «*Κατηγορία Α.2. Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Kuf > 20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης >1,5m2*

Αριθμός απόφασης: 27/2020

(1.5-2.3) ή ισοδύναμο (μεμβράνη κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyester polymerealloy, PEPA) ή ισοδύναμο)» με την αιτιολογία ότι «... ΤΟ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΟ ΦΙΛΤΡΟ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΕΝ ΔΙΑΘΕΤΕΙ ΜΕΜΒΡΑΝΗ ΚΡΑΜΑΤΟΣ ΠΟΛΥΑΙΘΕΡΟΣΟΥΛΦΟΝΗΣΚΑΙ ΠΟΛΥΑΡΥΛΑΙΝΗΣΡΕΡΑ Ή ΙΣΟΔΥΝΑΜΟ ΤΗΣ» και για το είδος με α/α 4 και περιγραφή στη διακήρυξη «Κατηγορία Β.2. Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Kuf < 20ml/mmHg/h/1.0 m² και επιφάνεια μεμβράνης >1,5m² (1.5-2.2) ή ισοδύναμο (μεμβράνη πολυσουλφόνης τύπου Nephropore ή ισοδύναμο της)» με την αιτιολογία ότι «... ΤΟ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΟ ΦΙΛΤΡΟ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΕΝ ΔΙΑΘΕΤΕΙ ΜΕΜΒΡΑΝΗ ΠΟΛΥΣΟΥΛΦΟΝΗΣ ΤΥΠΟΥ ΝΕΡΗΡΟΡΟΡΕ Ή ΙΣΟΔΥΝΑΜΟ ΤΗΣ».

4. Επειδή, κατά της τελευταίας απόφασης, με την οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές της 1^{ης} και της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας για τα τμήματα αντίστοιχα 4 και 2 του Διαγωνισμού, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 11.11.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, την 30.10.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 11.11.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της προμήθειας ιατρικών ειδών, συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης με την οποία έγιναν δεκτές παρανόμως, όπως υποστηρίζει οι προσφορές των ανταγωνιστριών εταιρειών και στην παρούσα 1^η

Αριθμός απόφασης: 27/2020

και 2^{ης} Παρεμβαίνουσας, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 12.11.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 683/21.11.2019 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της.

8. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως ως προς την πρώτη από 20.11.2019 παρέμβασή της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....» αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.11.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 20.11.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της για το τμήμα 4 του Διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος. Όμως η από 11.12.2019 συμπληρωματική παρέμβαση της (ορθή επανάληψη), πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα και να μην ληφθεί υπόψη, διότι κατατέθηκε εκπρόθεσμα στις 11.12.2019 στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....» αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.11.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 22.11.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της για το τμήμα 2 του Διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

10. Επειδή, στους ειδικούς όρους της Διακήρυξης ορίζονταν οι κάτωθι προδιαγραφές για τα υπό προμήθεια είδη:

Αριθμός απόφασης: 27/2020

ΕΙΔΗ ΚΑΙ ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ

	Κατηγορία	Μονάδα Μέτρησης	Ποσότητα
A2	<p>" Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Κυπέταρχιο >20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5- 2.3) ή ισοδύναμο</p> <p>❖ Μεμβράνη πολυσουλφόνης επικαλυμμένη εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane ή ισοδύναμο της</p> <p>Μεμβράνη κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyester polymerealloy, PEPA) ή ισοδύναμο</p>		<p>1200</p> <p>1200</p>
B2	<p>" Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Κυπέταρχιο <20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5-2.2) ή ισοδύναμο</p> <p>❖ Μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης τύπου rurema ή ισοδύναμο της</p> <p>❖ Μεμβράνη πολυσουλφόνης τύπου Nephropore ή ισοδύναμο της</p>		<p>1213</p> <p>3600</p>
Γ	<p>Ειδικά φίλτρα για ασθενείς με αιμορραγική διάθεση. Μεμβράνη κοίλων ινών κράματος Acrylonitrile and sodium me sulfonate copolymer heparin grafted, συνθετική, κατάλληλη αιμοκάθαρση χωρίς ηπαρίνη. Με επιφάνεια από 1,0 -2,2m 2 .</p>	τεμάχιο	50

A/A	Περιγραφή	Ποσότητα	Τιμή Μονά	Κωδικός	Μερικό Σύνολο	ΦΠΑ 13 %	Γενικό Σύνολο
1	<p>Κατηγορία A2 Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Κυπέταρχιο >20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5- 2.3) ή ισοδύναμο.</p> <p>Μεμβράνη πολυσουλφόνης επικαλυμμένη εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane ή ισοδύναμο της</p>	1200	23,8	30.1.6 1	28.560,00 €	3712,8 0€	32.272,8 0€
2	<p>Κατηγορία A2 Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Κυπέταρχιο >20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5- 2.3) ή ισοδύναμο.</p> <p>Μεμβράνη κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyester polymerealloy, PEPA) ή ισοδύναμο</p>	1200	23,8	30.1.6 1	28.560,00 €	3712,8 0€	32.272,8 0€

Αριθμός απόφασης: 27/2020

3	Κατηγορία B2 Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: <i>IN VITRO</i> Kuf <20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5-2.2) ή ισοδύναμο. Μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης τύπου <i>rurema</i> ή ισοδύναμο της	1213	18,9	30.1.3.1	22.925,70 €	2980,34 €	25.906,04 €
4	Κατηγορία B2 Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: <i>IN VITRO</i> Kuf <20ml/mmHg/h/1.0 m2 και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m2(1.5-2.2) ή ισοδύναμο. Μεμβράνη πολυσουλφόνης τύπου <i>Nerhgorore</i> ή ισοδύναμο της	3600	18,9	30.1.3.1	68.040,00 €	8.845,20 €	76.885,20 €
5	Ειδικά φίλτρα για ασθενείς με αιμορραγική διάθεση. Μεμβράνη κοίλων ινών κράματος <i>Acrylonitrile and methanyl sulfonate copolymer heparin grafted</i> , συ κατάλληλη για αιμοκάθαρση χωρίς ηπαρίνη. Με επιφάνεια από 1,0 -2,2m ² .	50	100	Δ.Π	5.000,00 €	650,00 €	5.650,00 €

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

12. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Με την παρούσα προσφυγή μας στρεφόμαστε κατά της ως άνω πράξης της Αναθέτουσας Αρχής και ζητούμε την ακύρωση αυτής κατά το μέρος που αποκλείει την εταιρεία μας από τα εν λόγω είδη για τον λόγο ότι οι αιτιολογίες απόρριψης της προσφοράς μας είναι παντελώς αόριστες, αφού ουδόλως προσδιορίζεται για ποιον λόγο τα είδη που προσέφερε η εταιρεία μας δεν είναι ισοδύναμα των συγκεκριμένων τύπων μεμβρανών *Rexbrane*, *PEPA* και *Nerhgorore*. Συγκεκριμένα, η εταιρεία μας προσέφερε φίλτρα αιμοκάθαρσης του

Αριθμός απόφασης: 27/2020

..... κατασκευαστικού οίκου,, τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE5 και ISO6, εν ισχύ, σειράς φίλτρων «.....», για τους κωδικούς με α/α 1 (κατηγορία A2) και 2 (κατηγορία A2) και για τον κωδικό με α/α 4 (κατηγορία B2). Τα φίλτρα μας κατασκευάζονται με σύγχρονες, εξελιγμένες συνθετικές μεμβράνες αιμοκάθαρσης, πολυαιθερικής σουλφόνης εμπλουτισμένης με πολυβινυλπυρολιδόνη,». προκειμένου να επιτευχθεί καλύτερη υδροφιλική συμπεριφορά, εξασφαλίζοντας, έτσι, άριστη βιοσυμβατότητα και υψηλές αποδόσεις κάθαρσης. Εξάλλου, τα φίλτρα μας, όπως σημειώσαμε και στην τεχνική μας προσφορά, είναι ισοδύναμα των μεμβρανών Rexbrane, PEPA και Nephropore, τόσο ως προς τις επιδόσεις τους, ήτοι, αναφορικά με τις τιμές κάθαρσης ουσιών, όσο και ως προς την αποτελεσματικότητα της θεραπείας του ασθενή, ενώ, προσφέραμε διαστάσεις μεμβράνης εντός των ζητούμενων από την διακήρυξη πλαισίων για κάθε κωδικό. Άλλωστε, η ισοδυναμία των φίλτρων μας με τα ζητούμενα στους ανωτέρω α/α προκύπτει και από την ίδια την διακήρυξη σε συνδυασμό με την προσφορά μας. Ειδικότερα στις σελ. 31 επ. της διακήρυξης αναφέρονται οι 5 κατηγορίες (A1, A2, B1, B2, Γ) στις οποίες υπάγονται τα φίλτρα τεχνητού νεφρού και οι οποίες διακρίνονται μεταξύ τους ανάλογα με τον συντελεστή υπερδιήθησης (Kuf), το είδος και την επιφάνεια της μεμβράνης. Εν συνέχεια ακολουθεί στη διακήρυξη η περιγραφή των 5 διαφορετικών κατηγοριών των φίλτρων με τα χαρακτηριστικά τους, εκ των οποίων μας ενδιαφέρουν η κατηγορία A2 (είδη με α/α 1 και 2) και η κατηγορία B2 (είδος με α/α 4). Σύμφωνα λοιπόν με τη διακήρυξη στην κατηγορία A2 (high flux) υπάγονται τα φίλτρα με τα εξής χαρακτηριστικά:

α) συντελεστή υπερδιήθησης (in vitro Kuf) > 20ml/mmHg/h/1.0 m², β) συνθετική μεμβράνη (όπως high flux polysulfone, polyacrylonitrile, polyethersulfone κ.α. και γ) επιφάνεια μεμβράνης >=1,5m² και με εύρος από 1.5-2.3m² (1,5m², 1,6m², 1,8m², 1,9m² και 2,1m²) Ενώ στην κατηγορία B2(low flux) υπάγονται τα φίλτρα με τα εξής χαρακτηριστικά: α) συντελεστή υπερδιήθησης (in vitro Kuf) <= 20ml/mmHg/h/1.0 m², β) συνθετική μεμβράνη (όπως low flux polysulfone, PMMA κ.α.) και γ) επιφάνεια μεμβράνης >=1,5m². Με βάση τα ανωτέρω είναι προφανές ότι τα φίλτρα τα οποία υπάγονται σε οποιονδήποτε από τις περιγραφόμενες από τη διακήρυξη κατηγορίες, και συνεπώς φέρουν τα αντίστοιχα χαρακτηριστικά είναι ισοδύναμα μεταξύ τους αφού επιτελούν την κατά προορισμό χρήση της κάθε κατηγορίας. Το ίδιο ισχύει και για τις συνθετικές

Αριθμός απόφασης: 27/2020

μεμβράνες, οι οποίες μάλιστα αναφέρονται στη διακήρυξη, στην περιγραφή των επιμέρους κατηγοριών, κατά τρόπο ενδεικτικό (βλ. σχετ. τη συντόμευση «κ.α.») Όπως προκύπτει από την προσφορά της εταιρείας μας, και δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, προσφέραμε για τους α/α 1 και 2 (Κατηγορία A2) φίλτρα που υπάγονται στην κατηγορία A2 και επομένως ισοδύναμα και με όσα άλλα φίλτρα υπάγονται στην ίδια κατηγορία, αφού διαθέτουν τα ακόλουθα χαρακτηριστικά της κατηγορίας A2: α) $kuf > 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0m}^2$ και συγκεκριμένα 34,3 για την επιφάνεια $1.6\mu^2$, 33,3 για την επιφάνεια $1.8\mu^2$, 33 για την επιφάνεια $2.0\mu^2$ και 32,7 για την επιφάνεια $2.2\mu^2$, β) μεμβράνη συνθετική και συγκεκριμένα πολυαιθερικής σουλφόνης (polyethersulfone) εμπλουτισμένης με πολυβινυλπυρολιδόνη (PVP) προκειμένου να επιτευχθεί καλύτερη υδροφιλική συμπεριφορά, εξασφαλίζοντας έτσι άριστη βιοσυμβατότητα και υψηλές αποδόσεις κάθαρσης για αποτελεσματικότερη θεραπεία και γ) επιφάνεια μεμβράνης $\geq 1.5\mu^2$ και συγκεκριμένα $1.6\mu^2$, $1.8\mu^2$, $2.0\mu^2$ και $2.2\mu^2$. Ενώ για τον α/α 4 (Κατηγορία B2) φίλτρα που υπάγονται στην κατηγορία B2 και επομένως ισοδύναμα και με όσα άλλα φίλτρα υπάγονται στην ίδια κατηγορία, αφού διαθέτουν τα ακόλουθα χαρακτηριστικά της κατηγορίας B2: α) $kuf \leq 20 \text{ ml/mmHg/h/1.0m}^2$ και συγκεκριμένα 13,3 για την επιφάνεια $1.5\mu^2$, 12,35 για την επιφάνεια $1.7\mu^2$, 12,10 για την επιφάνεια $1.9\mu^2$ και 11,90 για την επιφάνεια $2.1\mu^2$, β) μεμβράνη συνθετική και συγκεκριμένα πολυαιθερικής σουλφόνης (polyethersulfone) εμπλουτισμένης με πολυβινυλπυρολιδόνη (PVP) προκειμένου να επιτευχθεί καλύτερη υδροφιλική συμπεριφορά, εξασφαλίζοντας έτσι άριστη βιοσυμβατότητα και υψηλές αποδόσεις κάθαρσης για αποτελεσματικότερη θεραπεία και γ) επιφάνεια μεμβράνης $\geq 1.5\mu^2$ και συγκεκριμένα $1.5\mu^2$, $1.7\mu^2$, $1.9\mu^2$ και $2.1\mu^2$. Σημειωτέον ότι οι τύποι μεμβρανών Rexbrane™, PEPA™ και Nephropore™ συνιστούν εμπορικά σήματα κατοχυρωμένα από τις κατασκευάστριες των σχετικών φίλτρων εταιρείες, οι εμπορικοί αντιπρόσωποι των οποίων στην Ελλάδα είναι και οι μόνοι που μπορούν να προσφέρουν μεμβράνες υπό αυτές τις συγκεκριμένες επωνυμίες. Αναλυτικότερα, η μεμβράνη συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό ευρωπαϊκής καταχώρισης και την εμπορεύεται στην Ελλάδα η εταιρεία στην οποία έγινε και η κατακύρωση του είδους με α/α Η μεμβράνη

Αριθμός απόφασης: 27/2020

..... συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρείας, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης και την εμπορεύεται στην Ελλάδα η εταιρεία, στην οποία έγινε και η κατακύρωση του είδους με α/α Τέλος, η μεμβράνη συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη βάση εμπορικών σημάτων TMView της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή, με αριθμό καταχώρισης και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία στην οποία έγινε και η κατακύρωση του είδους με α/α Η εταιρεία μας καθώς και όποια άλλη εταιρεία επιθυμούσε να λάβει μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό, ασφαλώς, δεν μπορούσε να προσφέρει τις παραπάνω μεμβράνες, μη ούσα εμπορικός αντιπρόσωπος των συγκεκριμένων κατασκευαστών. Ωστόσο, δεδομένου ότι η Διακήρυξη ζητούσε, υποχρεωτικά σύμφωνα με το νόμο, την προσφορά και κάθε άλλης μεμβράνης που είναι ισοδύναμη αυτών, αφού, σε αντίθετη περίπτωση, αναμφίβολα, θα περιοριζόταν υπερβολικά ο ανταγωνισμός (ιδέ και κατωτέρω υπό 5), εμείς υποβάλαμε προσφορά για τα δικά μας φίλτρα, επισημαίνοντας, όπως προκύπτει από τα χαρακτηριστικά τους, ότι τούτα είναι ισοδύναμα των συγκεκριμένων τύπων μεμβρανών, αφού πετυχαίνουν κι αυτά υψηλές αποδόσεις κάθαρσης ουσιών, σε ορισμένες μάλιστα περιπτώσεις υψηλότερες από τα φίλτρα που φέρουν τα ρητώς αναφερόμενα εμπορικά σήματα (ιδίως συγκριτικά με τα Nephropore για το είδος με α/α 4) και σε κάθε περίπτωση, ισοδύναμες. Εξάλλου, εάν ο συγκεκριμένος όρος περί ισοδυναμίου ερμηνευόταν υπό την έννοια ότι οι τιμές κάθαρσης των προσφερόμενων φίλτρων θα πρέπει να είναι ακριβώς ίδιες μ' αυτές των φίλτρων Rexbrane™, PEPA™ και Nephropore™, τούτο θα σήμαινε ότι η Διακήρυξη προσκρούει στο εθνικό και κοινοτικό νομικό πλαίσιο και, ιδίως, στην παρ. 4 του άρθρου 54 του Ν.4412/2016 που απαγορεύει ρητά οι τεχνικές προδιαγραφές να κάνουν μνεία οποιουδήποτε εμπορικού σήματος ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες, αφού, επί της ουσίας, δεν θα μπορούσε να υποβληθεί προσφορά από καμία άλλη εταιρεία, πέραν των τριών που προσφέρουν τα συγκεκριμένα - φωτογραφικά περιγραφόμενα - φίλτρα. Σημειώνεται, δε, ότι παγίως σε δικαστικές αποφάσεις (ΣτΕ (ΕΑ) 1239/2007, 566/2005, 153/2004, 618/2003, ΣτΕ 491/2012, ΔεΦΛαρ 42/2018, ΔεΦΠειρ Ν44/2018, ΔεΦΤριπ (ΕΑ) 30/2016 κ.α.), αλλά και σε

Αριθμός απόφασης: 27/2020

αποφάσεις της Αρχής (ΑΕΠΠ 601/2019, 1163/2018 και 87/2017) γίνεται δεκτό ότι είναι παράνομες οι προδιαγραφές που παραπέμπουν σε εμπορικά σήματα. Μάλιστα, η εταιρεία μας είχε, ρητώς, επιφυλαχθεί, στην τεχνική της προσφορά, για την νομιμότητα των σχετικών προδιαγραφών της διακήρυξης, εάν ήθελε νοηθεί ότι ο όρος ισοδύναμο είχε τεθεί προσχηματικά και, στην πραγματικότητα, απαιτείτο η προσφορά φίλτρων μόνο των συγκεκριμένων εμπορικών τύπων, ως ακολούθως: «Η εταιρεία μας επιφυλάσσεται ως προς τη νομιμότητα των ακόλουθων όρων και προδιαγραφών που περιλαμβάνονται στους «Ειδικούς Όρους» του Μέρους Β «Τεχνικές Προδιαγραφές - Οικονομικό Αντικείμενο» του Παραρτήματος Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» της Διακήρυξης σε σχέση με τα προσφερόμενα από αυτήν είδη με α/α 1,2 και 4 βάσει της Διακήρυξης: Ως προς τις, συγκεκριμένης χημικής σύστασης, συνθετικές μεμβράνες των ζητούμενων φίλτρων. Αναλυτικότερα, από τους «Ειδικούς Όρους» του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης προκύπτει ότι για τα είδη με α/α 1 και 2 της Κατηγορίας Α2 «Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Kuf <20ml/mmHg/h/1.0 m² και επιφάνεια μεμβράνης > 1.5 m²(1,5-2,3) ή ισοδύναμο» ζητούνται μεμβράνες «πολυσουλφόνης επικαλυμμένης εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane ή ισοδύναμό της» και «κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyester polymerealloy, PEPA) ή ισοδύναμο», αντίστοιχα και για το είδος με α/α 4 της Κατηγορίας Β2 «Φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες: IN VITRO Kuf < 20ml/mmHg/h/1.0 m² και επιφάνεια μεμβράνης > 1.5 m² (1,5-2,2) ή ισοδύναμο» ζητούνται μεμβράνες «πολυσουλφόνης τύπου Nephropore ή ισοδύναμο». Οι συγκεκριμένες προδιαγραφές έχουν τεθεί κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διασφάλισης του υγιούς ανταγωνισμού και της ελεύθερης κυκλοφορίας των προϊόντων που φέρουν σήμανση CE σύμφωνα με την ευρωπαϊκή οδηγία 93/42 περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, αφού προσδιορίζουν τις μεμβράνες με εξειδικευμένη αναφορά στην χημική τους σύστασή και ευθεία μνεία σε κατοχυρωμένα εμπορικά σήματα, που προσιδιάζουν μόνο σε προϊόντα συγκεκριμένων οίκων κατασκευής φίλτρων, τους οποίους και φωτογραφίζουν. Η εταιρεία μας κατά τα λοιπά αποδέχεται τους όρους της διακήρυξης». Τονίζουμε ότι και στο Παρατηρητήριο Τιμών (ΠΤ) της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (ΕΠΥ) του Υπουργείου Υγείας, όπου τα συγκεκριμένα είδη είναι διατιμημένα και στο οποίο κάνει αναφορά και η

Αριθμός απόφασης: 27/2020

Διακήρυξη (με μνεία των αντιστοίχων κωδικών του ΠΤ), η περιγραφή αυτών γίνεται, και ορθώς, με αναφορά μόνο στις κατηγορίες τους high και low flux και με αναφορά στη μεμβράνη ως συνθετική (πιο συγκεκριμένα περιγράφονται ως εξής: «ΦΙΛΤΡΑ LOW FLUX (IN VITRO KUF<20ml/mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΡΑΝΗ >=1,5m²l» - Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.3.1» (είδος με α/α 4) και «ΦΙΛΤΡΑ HIGH FLUX (IN VITRO KUF>20ml/ mmHg/h/1.0 m²) ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΗ ΜΕΜΒΡΑΝΗ > = 1,5m²l» -Κωδικός Παρατηρητηρίου Τιμών 30.1.6.1.» (είδη με α/α 1 και 2), χωρίς, φυσικά, ουδεμία περαιτέρω εξειδίκευση του ιδιαίτερου τύπου της συνθετικής μεμβράνης. Σημειώνεται, επίσης, ότι σε προηγούμενη διακήρυξη της με αριθμό 13/2017, η ίδια Αναθέτουσα Αρχή ζητούσε μεμβράνες συγκεκριμένων εμπορικών τύπων, χωρίς μνεία του όρου «ή ισοδύναμο». Σ' εκείνη την περίπτωση, κατόπιν προσφυγής της εταιρείας μας, το Νοσοκομείο, με την από 03.11.2017 (81η Συν Θεμ Α3) απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου, είχε συνομολογήσει τους ισχυρισμούς μας περί φωτογραφικών προδιαγραφών και είχε αποφασίσει την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του με σαφέστερη διατύπωση. Εξ αυτού συνάγεται ότι και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή αντιλαμβάνεται το παράνομο των όρων που απαιτούν την προσφορά συγκεκριμένων μόνο, φωτογραφικών μεμβρανών και, ως εκ τούτου, η θέση από αυτήν του όρου «ισοδύναμο» σκοπεί στο να είναι εφικτή η υποβολή προσφοράς κι από εταιρείες που δεν εμπορεύονται τα συγκεκριμένα φίλτρα, αλλά ισοδύναμα τους. Ως εκ τούτου, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία απορρίπτονται τα φίλτρα της εταιρείας μας, αν και ισοδύναμα με τα φίλτρα Rexbrane™, PEPA™ και Nephropore™ και, μάλιστα, χωρίς καθόλου να εξηγείται για ποιον λόγο τούτα δεν πληρούν τον όρο της ισοδυναμίας, θα πρέπει να ακυρωθεί, πρωτίστως, ως αόριστη. αλλά και ως αντικείμενη στην ίδια την Διακήρυξη.».

13. Επειδή η αναθέτουσα αντικρούει την προσφυγή και αναφέρει σχετικώς ότι «Η προσφεύγουσα εταιρεία ζητάει να γίνει δεκτή η προσφορά της για τα προσφερόμενα είδη με α.α Δ/ξης 1,2 & 4 για τα οποία απορρίφθηκε καθώς σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στην υπό κρίσιν προσφυγή της, τα φίλτρα που προσφέρει είναι ισοδύναμα με τα ζητούμενα από τις τεχνικές προδιαγραφές της Δ/ξης του διαγωνισμού .Εμμένουμε στην κρίση μας όπως αναφέρθηκε στο πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης και αναφέρουμε ότι η επιλογή φίλτρου αιμοκάθαρσης αποτελεί επιλογή θεραπείας (υπ αριθμ 94221/30-10- 2014 οδηγία

Αριθμός απόφασης: 27/2020

ΕΟΦ) συνεπώς αποκλειστικά υπεύθυνος είναι ο θεράπωντας ιατρός. Με την ανωτέρω γνωμοδότηση του α) Θέτει όλα τα φίλτρα αιμοκάθαρσης σε καθεστώς υλικοεπαγρύπνησης και β) απορρίπτει την εναλλαξιμότητα μεταξύ των φίλτρων καθώς εναποθέτει την επιλογή του κατάλληλου για κάθε ασθενή φίλτρου στο θεράποντα ιατρό του και όχι στην κάθε εμπορική εταιρεία /προμηθευτή . Με τις τεχνικές προδιαγραφές επιδιώκουμε την προμήθεια κατηγοριών φίλτρων τεχνητού νεφρού που διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς τη χημική σύνθεση της μεμβράνης τους, η οποία τους προσδίδει διαφορετικές ιδιότητες και χρησιμοποιούνται σε διαφορετικούς ασθενείς , για να καλύψου με συγκεκριμένες ιατρικές ανάγκες (π.χ η μεμβράνη "....." η οποία χρησιμοποιείται ειδικά σε ασθενείς οι οποίοι δεν μπορούν να λάβουν αντιπηκτική αγωγή και βρίσκονται σε αυξημένο κίνδυνο για αιμορραγία). Με το χαρακτηρισμό «τύπου» , όρος που ταυτίζεται με το ισοδύναμο, σε καμία περίπτωση δεν φωτογραφίζονται εταιρείες αφού δεν παρακωλύεται η προσφορά ισοδύναμων προϊόντων από διαφορετικές εταιρείες και άρα δεν παραβιάζονται καθ' ουδένα τρόπο οι κανόνες του ανταγωνισμού. Τα φίλτρα δεν έχουν ταυτόσημη χημική σύνθεση μεμβράνης και κατασκευαστική αρχιτεκτονική τα οποία όμως καθορίζουν την ποιότητα της αιμοκάθαρσης . Σύμφωνα με τα παραπάνω η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας θα πρέπει να απορριφθεί καθώς με το χαρακτηρισμό «τύπου » , όρος που ταυτίζεται με το ισοδύναμο, σε καμία περίπτωση δεν φωτογραφίζονται εταιρείες αφού δεν παρακωλύεται η προσφορά ισοδύναμων προϊόντων από διαφορετικές εταιρείες και άρα δεν παραβιάζονται καθ' ουδένα τρόπο οι κανόνες του ανταγωνισμού. Επομένως, ουδεμία παραβίαση υπήρξε από πλευράς του Νοσοκομείου μας και ορθώς εξεδόθη η προσβαλλομένη αρ. απόφασης ΔΣ/30- 10-2019.»

14. Επειδή, η 1^η Παρεμβαίνουσα αντικρούει τους ως άνω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Δυνάμει της από 25.10,2019 (14η Συν. Θέμα Α1) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με θέμα «Υποβολή πρακτικών επιτροπής επί ΤΩΝ δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και επί των οικονομικών προσφορών ανοιχτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αριθμό διακήρυξης 04/2019 γιο. την προμήθεια ηθμών διάλυσης (Φίλτρα Μονάδας Τεχνητού Νεφρού) προϋπολογισθείσας αξίας 172.986,84 Ευρώ με ΦΠΛ», εγκρίθηκε το υπ' αριθμ./5-9-2019 πρακτικό της επιτροπής για την αξιολόγηση των

Αριθμός απόφασης: 27/2020

δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και το υπ' αριθμ. πρωτ./26-9-2019 πρακτικό για την οικονομική αξιολόγηση της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού για το είδος με α/α 4 στην εταιρία μας. Για το είδος με α/α 4 είχε υποβάλει προσφορά και η εταιρία με την επωνυμία «.....» [στο εξής προσφεύγουσα], η προσφορά της οποίας απερρίφθη, δυνάμει του ανωτέρω υπ' αριθμ./5-9-2019 πρακτικού το οποίο εγκρίθηκε με την ως άνω απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, ως μη τεχνικά αποδεκτή, με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο φίλτρο δεν διαθέτει μεμβράνη πολυσουλφόνης τύπου perhydrore ή ισοδύναμό της. Πέραν του ανωτέρω είδους, η προσφεύγουσα είχε υποβάλει προσφορά για τα είδη με α/α 1 και 2, για τα οποία επίσης η προσφορά της απορρίφθηκε ως μη τεχνικά αποδεκτή. Κατά της ανωτέρω απόφασης και ειδικότερα κατά το μέρος που απερρίφθη η προσφορά της για τα είδη με α/α 1, 2 και 4, η προσφεύγουσα άσκησε την από 11.11.2019 προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της και τη συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Κατά της ανωτέρω προσφυγής της εταιρίας «.....» και υπέρ της διατήρησης της ισχύος της από 25.10.2019 (14η Συν. Θέμα Α1) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος αφορά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για το είδος με α/α 4 και την κατακύρωση του εν λόγω είδους στην εταιρία μας, ασκούμε την παρούσα, έχοντας προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον, ως προκύπτει από την προσβαλλόμενη και εν γένει από τα έγγραφα του διαγωνισμού, κατακυρώθηκε στην εταιρία μας η προμήθεια του ανωτέρω είδους. Την εν λόγω παρέμβασή μας ασκούμε για τους κάτωθι λόγους :

I. Τα φίλτρα αιμοκάθαρσης αποτελούνται από τη μεμβράνη (είναι το βασικό στοιχείο του φίλτρου και έχει τη μορφή αθροίσματος τριχοειδών), το στηρικτικό υλικό, (υλικό στο οποίο βυθίζονται τα τριχοειδή της μεμβράνης στηρίζοντάς τα μηχανικά) και το περίβλημα (υλικό που περιβάλλει τα τριχοειδή). Το στηρικτικό υλικό και το περίβλημα έχουν συνήθως την ίδια χημική σύνθεση σε όλους τους τύπους / είδη φίλτρων, γεγονός που δεν ισχύει για τη μεμβράνη (υπάρχουν μεμβράνες αιμοκάθαρσης διαφόρων χημικών συνθέσεων (Χ, Ιατρού, Ν.Αφεντάκης. Μεμβράνες αιμοκαθάρσεις, 1997, Εκδ.Μπιστικέα-Αθήνα, Χ.Συργκάνης, Χαρακτηριστικά φίλτρων αιμοκάθαρσης. Στο: Εξωνεφρική Κάθαρση. Κ.Μαυροματίδης,Π.Πασαδάκης,2014. Εκδ.Ροτόντα-Θεσσαλονίκη).

Αριθμός απόφασης: 27/2020

Η χημική σύνθεση της μεμβράνης, διαφοροποιεί τα φίλτρα αρχικά σε δύο γενικές κατηγορίες (φίλτρα από φυσικά πολυμερή και φίλτρα από συνθετικά πολυμερή). Αναλύοντας όμως ακριβέστερα τη χημική σύνθεση της μεμβράνης τα φίλτρα των προαναφερόμενων κατηγοριών διακρίνονται σε επιμέρους κατηγορίες (υποκατηγορίες). Μικροδιαφοροποιήσεις της χημικής σύνθεσης της μεμβράνης αιμοκάθαρσης μιας υποκατηγορίας μπορεί πολλές φορές να παίζουν σημαντικό ρόλο κατά την κλινική χρήση των φίλτρων και έτσι κάποιες υποκατηγορίες φίλτρων διαφοροποιούνται σε άλλες μικρότερες υποκατηγορίες. Τα»

15. Επειδή, η προσφεύγουσα με το από 10.12.2019 Υπόμνημά της αντικρούει τις απόψεις της Αναθέτουσας αρχής και υποστηρίζει ότι «το Νοσοκομείο ουδόλως απαντά επί των ισχυρισμών της προσφυγής μας. Συγκεκριμένα, ουδόλως αιτιολογεί για ποιον λόγο δεν είναι ισοδύναμα των ζητούμενων μεμβρανών, τα φίλτρα που προσφέραμε. Μόνο επισημαίνει ότι από τους όρους της διακήρυξης «Δεν παρακωλύεται η προσφορά ισοδύναμων προϊόντων από διαφορετικές εταιρείες», κάτι που ουδόλως αμφισβητεί η εταιρεία μας, η οποία βασιζόμενη στους όρους της διακήρυξης υπέβαλε την δική της προσφορά για φίλτρα ισοδύναμα με τους παραπάνω τύπους μεμβρανών. Εξάλλου, στην διακήρυξη δεν Ζητούνται, απλώς, μεμβράνες τύπου Nephropore, τύπου PEPA και τύπου Rexbrane, όπως εσφαλμένα, φαίνεται να υπολαμβάνει η Αναθέτουσα Αρχή στο υπόμνημά της, αλλά, ρητά, αναφέρεται ότι είναι η επιτρεπτή η προσφορά «ισοδύναμων» μεμβρανών, 4.2. Περαιτέρω, το Νοσοκομείο επιχειρεί να αιτιολογήσει την θέσπιση των συγκεκριμένων προδιαγραφών, οι οποίες, πάντως, δεν αμφισβητούνται από την εταιρεία μας, αφού η κρινόμενη προσφυγή μας ασκείται κατά της πράξης αποκλεισμού μας και όχι κατά της διακήρυξης, επικαλούμενο το υπ' αριθ./30.10.2014 έγγραφο του ΕΟΦ, το οποίο εσφαλμένα αναφέρει ως οδηγία. Συναφώς και όλως εκ περισσού, αναφέρουμε ότι τούτο πρόκειται για ένα έγγραφο μιας σελίδας και αμιγώς ενημερωτικού χαρακτήρα, όπως άλλωστε προκύπτει εμφανώς από το θέμα του: «Ενημέρωση σχετικά με την αξιολόγηση του ισοζυγίου οφέλους/κινδύνου των φίλτρων τεχνητού νεφρού», στο οποίο ουδεμία απολύτως μνεία γίνεται περί των μεμβρανών που θα πρέπει να έχουν τα φίλτρα. Επίσης, το συγκεκριμένο έγγραφο προβαίνει σε μία και μόνο διαπίστωση και συγκεκριμένα ότι το ισοζύγιο οφέλους/κινδύνου, λαμβανομένων υπόψιν επιθεωρήσεων του ίδιου του ΕΟΦ και εμπειρίας από άλλες ευρωπαϊκές χώρες παραμένει θετικό.

Αριθμός απόφασης: 27/2020

Τέλος, όπως προκύπτει από το ίδιο το έγγραφο, τα προϊόντα που εμπορεύεται η εταιρεία μας δεν περιλαμβάνονται σε αυτά για τα οποία αναφέρθηκε κάποιο πρόβλημα από τα νοσοκομεία της χώρας. Δεν θα μπορούσε, δηλαδή, η Αναθέτουσα Αρχή, επικαλούμενη το παραπάνω έγγραφο, να αιτείται την προσφορά μόνο συγκεκριμένων «τύπων» μεμβρανών, αποκλείοντας την δυνατότητα υποβολής προσφοράς από την εταιρεία μας και, πράγματι, δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση, αφού το Νοσοκομείο ζητούσε την προσφορά όχι μόνο των συγκεκριμένων τύπων φίλτρων, αλλά και ισοδύναμων αυτών. Η αναφορά δε της αναθέτουσας αρχής στη μεμβράνη *heparin* που ζητείται στο είδος γ της διακήρυξης: «Ειδικά φίλτρα για ασθενείς με αιμορραγική διάθεση. Μεμβράνη κοίλων ινών κράματος *Acrylonitrile and sodium methanyl sulfonate copolymer heparin grafted*, συνθετική, κατάλληλη για αιμοκάθαρση χωρίς ηπαρίνη. Με επιφάνεια από 1,0 -2,2 m² .» είναι ατυχής δεδομένου ότι η εταιρεία μας δεν υπέβαλε προσφορά για το συγκεκριμένο είδος, ενώ η διακήρυξη δεν προέβλεπε τη δυνατότητα υποβολής ισοδύναμου φίλτρου γι' αυτό. Άλλωστε, το συγκεκριμένο είδος φίλτρου δεν κατατάσσεται σε οποιαδήποτε κατηγορία φίλτρων (A1, A2, B1, B2) ούτε διαχωρίζεται σε *high* ή *low flux* και δεν έχει καμία απολύτως σχέση με τα υπόλοιπα ζητούμενα φίλτρα συνθετικής μεμβράνης.»

16. Επειδή, η από 20.11.2019 Παρέμβαση της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας είναι αόριστη καθόσον δεν περιλαμβάνεται στο κείμενο αυτής κάποιος ισχυρισμός αντίκρουσης της υπό κρίση προσφυγής, ο οποίος να είναι δεκτικός αξιολόγησης και ως εκ τούτου πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε την τεχνική της προσφορά για τα είδη με α/α 1, 2 και 4, τα οποία αποτελούν φίλτρα με συνθετικές μεμβράνες και συγκεκριμένες ιδιότητες, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στην διακήρυξη. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή με τους όρους της διακήρυξης ζητά συνθετικές μεμβράνες τύπου *Rexbrane*, *PEPA* και *Nephropore* ή ισοδύναμες αυτών που να έχουν τις ίδιες ιδιότητες. Η προσφεύγουσα προσέφερε συνθετικές μεμβράνες για τα ως άνω είδη, οι οποίες ισχυρίζεται ότι διαθέτουν ισοδύναμες ιδιότητες με τις μεμβράνες τύπου *Rexbrane*, *PEPA* και *Nephropore* και είναι σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως αυτές έχουν τεθεί για το κάθε είδος ξεχωριστά. Η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας

Αριθμός απόφασης: 27/2020

αναφέροντας απλώς ως αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα φίλτρα δεν διαθέτουν μεμβράνες τύπου Rexbrane, PEPA και Nephropore ή ισοδύναμό τους, χωρίς όμως να προσδιορίσει για ποιο λόγο θεωρεί ότι τα φίλτρα αυτά δεν έχουν ισοδύναμες ιδιότητες, γεγονός το οποίο δεν προέκυψε ούτε από τις κατατεθείσες απόψεις ή την από 22.11.2019 παρέμβαση της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας.

18. Επειδή, κατά την εκτίμηση, από το κρίνον Κλιμάκιο, των στοιχείων που συνθέτουν την αιτιολογία της προσβαλλόμενης Απόφασης όπως απαιτείται σε συνδυασμό με τις Απόψεις της αναθέτουσας αρχής στις οποίες, κατά νομοθετική δυνατότητα (άρθρα 365 παρ. 1 εδ. α' Ν. 4412/2016 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 4 Ν. 4456/2017, ΦΕΚ Α' 24) και 9 παρ. 1 τελευτ. εδ. Κανονισμού) η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει συμπληρωματική επί της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή απόφασης αιτιολογία, πλην όμως ουδέν έπραξε και ως εκ τούτου δεν αποδεικνύονται οι λόγοι για τους οποίους οδηγήθηκε στην κρίση της η ορισθείσα, για την διεξαγωγή της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, απορρίπτοντας την προσφορά της προσφεύγουσας. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη Απόφαση πάσχει από έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας και πρέπει να ακυρωθεί (βλ. ΑΕΠΠ 1096-1097/2018).

19. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρίνόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθούν οι δύο Παρεμβάσεις.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις δύο Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για νέα κρίση νομίμως αιτιολογημένη σχετικά με τις ισοδύναμες ιδιότητες ή όχι των προσφερόμενων φίλτρων από την προσφεύγουσα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού €625,80 στην προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 27/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 16.12.2019 και εκδόθηκε την 07.01.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή