

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Απριλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 391/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 300/13-03-2020 της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «» και το διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στο, επί της συμβολής των οδών, αρ.και, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του, που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ.

και της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» και το διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στο, επί της συμβολής των οδών, αρ. και, νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να αντικατασταθεί με άλλο περιεχόμενο η διατύπωση του υπό τον αριθμό 10 ειδικού όρου των τεχνικών προδιαγραφών όπως περιέχεται στο Παράρτημα Α' (Τεχνικές Προδιαγραφές Αιμοστατικών υλικών – Οικονομικό Αντικείμενο Σύμβασης) της με αριθμό διακήρυξης του καθ' ου Νοσηλευτικού Ιδρύματος για τη διενέργεια διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια, μεταξύ άλλων, τριακοσίων (300) τεμαχίων αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρωπεία θρομβίνη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 600,00€, το οποίο αποτελεί το ελάχιστο ποσό καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017, δεδομένου ότι το καταρχήν προβλεπόμενο αναλογικό ύψος παραβόλου επί της προϋπολογισθείσας αξίας του τμήματος της σχετικής σύμβασης, σχετικά με το οποίο ασκείται η προσφυγή (τριακόσια (300) τεμάχια αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρώπινα θρομβίνη) υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου (600,00€).

2. Επειδή, η προσφυγή ανατέθηκε προς εξέταση στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 13-03-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, το (στο εξής καλούμενο στην παρούσα «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....») με τη με αριθμό διακήρυξη του, περίληψη της οποίας δημοσιεύθηκε νόμιμα και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), με ΑΔΑΜ στις 19-02-2020, προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την επιλογή αναδόχου προμήθειας Αιμοστατικών Υλικών, συνολικής εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ 96.000,00€ (εφεξής «διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Σύμφωνα με το άρθρο 1.β της διακήρυξης, με τίτλο «Συνοπτικά στοιχεία σύμβασης», η σύμβαση αφορά στην προμήθεια τριακοσίων (300) τεμαχίων αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρώπινα θρομβίνη, είκοσι (20) τεμαχίων αιμοστατικού επιθέματος στεγανοποίησης έτοιμου προς χρήση, από βόειο χόριο κολλαγόνο, αποστειρωμένου μιας χρήσης επικαλυμμένου με NHS-PEG

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

διαστάσεων 4,5cmx4,5cm και δέκα (10) τεμαχίων αιμοστατικού επιθέματος στεγανοποίησης έτοιμου προς χρήση, από βόειο χόριο κολλαγόνο, αποστειρωμένου μίας χρήσης επικαλυμμένου με NHS-PEG διαστάσεων 4,5cmx9cm. Σύμφωνα με το άρθρο 2.δ(1)(α) της διακήρυξης οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα «Α» της Διακήρυξης, για το σύνολο ή τμήμα της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας (Διαιρετή προμήθεια). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε αρχικά η 9^η Μαρτίου 2020, με το με αριθμό/13 Μαρ 2020 έγγραφο του Διευθυντή – Συντονιστή της Διεύθυνσης Οικονομικού του έγινε γνωστό ότι η εν λόγω ημερομηνία μετατέθηκε για μετά την εξέταση της εδώ κρινόμενης προσφυγής. Κατά το ιστορικό δε των προσφορών που έχουν ήδη υποβληθεί ηλεκτρονικά στο διαγωνισμό (α/α/ΕΣΗΔΗΣ) προκύπτει ότι μέχρι σήμερα έχουν υποβάλει προσφορές δύο οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Κατά της με αριθμό διακήρυξης του καθ' ου νοσηλευτικού ιδρύματος (στο εξής καλούμενη «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη») και δη κατά του υπό τον αριθμό 10 ειδικού όρου τεχνικών προδιαγραφών όπως περιέχεται στο Παράρτημα Α' (Τεχνικές Προδιαγραφές Αιμοστατικών υλικών – Οικονομικό Αντικείμενο Σύμβασης) της προσβαλλόμενης διακήρυξης στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται χωρίς ΦΠΑ στις 96.000,00€, της δραστηριότητας που ασκεί η αναθέτουσα αρχή (υγεία) και της νομικής της φύσης, ως νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου που εποπτεύεται από το (.....) και ανήκει ως μη κεντρική κυβερνητική αρχή στον υποτομέα Δημοσίων Νοσοκομείων της Γενικής Κυβέρνησης, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη ότι η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά την 26-06-2017 (ανάρτηση περίληψη της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19-02-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά διακήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 ανέρχεται σε δέκα (10) ημέρες από την πλήρη γνώση της διακήρυξης. Στις ως άνω διατάξεις, εξάλλου, ορίζεται ότι πλήρης γνώση της διακήρυξης τεκμαίρεται ότι επέρχεται μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Μέχρι την μέχρι πρόσφατα πάγια διοικητική νομολογία της ΑΕΠΠ, οι πιο πάνω διατάξεις είχαν την έννοια ότι, αν δεν προέκυπτε πλήρης γνώση της διακήρυξης σε προγενέστερο χρόνο, η δεκαήμερη προθεσμία για την προσβολή όρων της εκκινούσε από τον χρόνο κατά τον οποίο συντελούνταν η τεκμαιρόμενη γνώση της, δηλαδή μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ (βλ. αντί άλλων ΑΕΠΠ 8/23-12-2019 – Επταμελούς Σύνθεσης, σκ. 5). Στη με αριθμό ΑΝ109/2019, όμως, απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας και τη με αριθμό Ν164/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Τμ. Β' Ακυρωτικό) κρίθηκε ότι «...στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός δέκα ημερών από την πλήρη γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, δεν μπορεί, όμως, να ασκηθεί εν πάση περιπτώσει μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. ...». Με τις αποφάσεις αυτές της νομολογίας των δικαστηρίων συμμορφώθηκε και η ΑΕΠΠ με τη με αριθμό 9/21-02-2020 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσής της, με την οποία απέρριψε προσφυγή κατά διακήρυξης που ασκήθηκε μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Με τη με αριθμό 41/2020, όμως, Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε ότι, εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει πλήρης γνώση της διακήρυξης σε προγενέστερο χρόνο, τότε η γνώση αυτή, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο ΚΗΜΔΗΣ, λόγω δε της σπουδαιότητας των ζητημάτων που αφορούν την έναρξη της προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης επί ηλεκτρονικών διαγωνισμών, η Επιτροπή Αναστολών του ΣΤΕ που εξέδωσε την απόφαση αυτή παρέπεμψε την υπόθεση στο ίδιο Τμήμα υπό πενταμελή σύνθεση. Καίτοι, η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 11-03-2020, δηλαδή δεν ασκήθηκε εντός δεκαπέντε ημερών από τις 19-02-2020, κατά την οποία η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, αλλά εντός δέκα ημερών από την παρέλευση της ως άνω ημερομηνίας, ως εκ του ότι η ερμηνεία των διατάξεων περί την έναρξη της προθεσμίας για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης δεν μπορεί, ενόψει της στο παρόν στάδιο εξέλιξης της νομολογίας, να θεωρηθεί ως απαλλαγμένη εύλογων αμφιβολιών, δεν μπορεί η προσφεύγουσα, που επικαλείται αδυναμία ή δυσχέρεια συμμετοχής της σε δημόσιο διαγωνισμό εξαιτίας μη νόμιμων όρων της διακήρυξης, να στερηθεί το δικαίωμά της να εξετασθεί επί της ουσίας η κατά της διακήρυξης αυτής προδικαστική της προσφυγή. Συνακόλουθα, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτό ότι είναι εμπρόθεσμη.

6. Επειδή, εξάλλου, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που προβλέπεται στις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017,

7. Επειδή συνακόλουθα, ως τύποις παραδεκτή, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι αν και δραστηριοποιείται από ετών στην αγορά νοσοκομειακών εφοδίων και φαρμάκων, γενικού ιατρικού και χειρουργικού εξοπλισμού και συναφών ειδών (βλ. αρ. 1 περί του σκοπού της στο επισυνημμένο στην προσφυγή καταστατικό της) και μολονότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό, εντούτοις μη νόμιμοι κατά τους ισχυρισμούς της όροι της διακήρυξης αποκλείουν άλλως δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της σε αυτόν. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο υπό τον αριθμό 10

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

ειδικός όρος των τεχνικών προδιαγραφών, όπως περιέχεται στο Παράρτημα Α΄ (Τεχνικές Προδιαγραφές Αιμοστατικών υλικών – Οικονομικό Αντικείμενο Σύμβασης) της προσβαλλόμενης διακήρυξης της προκαλεί βλάβη, διότι καίτοι το προϊόν που προσφέρει υπό την ονομασία «Floseal» περιέχει 400 μονάδες θρομβίνης ανά ml, σε σύγκριση με έτερο ανταγωνιστικό προϊόν υπό την ονομασία «Surgiflo», το οποίο περιέχει 250 μονάδες θρομβίνης, η αναγωγή της προσφερόμενης τιμής του τελικού προσφερόμενου προϊόντος ανά μονάδα όγκου (ml) συσκευασίας, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η περιεκτικότητα θρομβίνης στη μονάδα μέτρησής του, μη νόμιμα και χωρίς επιστημονική ή άλλη αιτιολογία ευνοεί το προϊόν με τη συσκευασία μεγαλύτερου όγκου, ενώ αντίθετα δυσχεραίνει η δική της συμμετοχή που προσφέρει το ζητούμενο προϊόν σε μικρότερη συσκευασία. Για τους λόγους αυτούς αιτείται την αντικατάσταση της διατύπωσης του βαλλόμενου όρου με τη διατύπωση «Η προσφορά προϊόντων σε διαφορετική συσκευασία, καθιστά απαραίτητη την αναγωγή της τιμής αυτών ανά μονάδα όγκου (ml) δραστικής ουσίας». Έχει κριθεί όμως ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του π.δ. 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ Β΄ 54/2018 πενταμ.). Επομένως, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, στην οποία βάλλεται όρος της διακήρυξης σχετικά με τις προϋποθέσεις επιλογής του προμηθευτή, η ΑΕΠΠ, αν κάνει δεκτή την προσφυγή, δύναται μόνο να ακυρώσει για λόγους νομιμότητας το βαλλόμενο όρο και δεν δύναται να τον τροποποιήσει κατά το αίτημα της προσφυγής.

9. Επειδή, εξάλλου, με το με αριθμό /09-04-2020 έγγραφο του Διευθυντή Οικονομικών Υπηρεσιών του καθ' ου νοσηλευτικού ιδρύματος, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί τις απόψεις της επί της προσφυγής. Στο εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

έγγραφο η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: Η αναφερόμενη στην προσφυγή ως δραστική ουσία (θρομβίνη), περιέχεται πράγματι στα δύο συγκρινόμενα σκευάσματα (στο τελικό προς χρήση προϊόν – μείγμα που προκύπτει σύμφωνα με τις οδηγίες χρήσης τους), στην ίδια όμως κατ' απόλυτη τιμή - ποσότητα. Η αιμοστατική δράση της θρομβίνης, εξάλλου, επιτυγχάνεται σε κάθε περίπτωση, με τη συνεπικούρηση του εκδόχου της που λειτουργεί ως θρομβογόνο μήτρα, και άρα η δραστικότητα των σκευασμάτων, δηλαδή της τελικής προς χρήση ουσίας, δεν είναι ταυτόσημη με τη δραστικότητα της κύριας δραστικής ουσίας - θρομβίνης. Άλλωστε, δεν αποδεικνύεται ότι μεγαλύτερη δόση θρομβίνης βελτιώνει το αποτέλεσμα της αιμοστατικής δράσης. Η αιμοστατική δράση των σκευασμάτων που εξετάσθηκε δεν είναι ανάλογη της ποσότητας ή της συγκέντρωσης της θρομβίνης. Ως εκ τούτου, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν συστήνεται να γίνεται η αναγωγή της τιμής ανά μονάδα μέτρησης της θρομβίνης. Αντιθέτως, θα ήταν προτιμότερη η αναγωγή της τιμής ανά μονάδα όγκου (ml) συσκευασίας, καθώς θα μειωνόταν η πιθανότητα χρήσης περισσότερων συσκευασιών.

10. Επειδή, περαιτέρω, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία «» και το διακριτικό τίτλο «.....» (στο εξής καλούμενη στο παρόν «παρεμβαίνουσα» ή «.....»), η οποία έχει υποβάλει ήδη προσφορά στο διαγωνισμό (βλ. σκ. 3 της παρούσας), εκτός άλλων, όπως ισχυρίζεται και για το τμήμα των αιμοστατικών υλικών της σύμβασης, με την αναρτηθείσα στις 20-03-2020, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της, στην οποία ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, τα εξής: α) Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη το νοσοκομείο καθόρισε κατά γενικό και τεκμηριωμένο τρόπο τις προϋποθέσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν αθροιστικά τα είδη που προσφέρουν οι συμμετέχοντες φορείς, χωρίς να περιλαμβάνονται αναφορές σε συγκεκριμένες προδιαγραφές ή πρότυπα που

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

πληρούνται από συγκεκριμένες μόνο εταιρείες ή να υποδηλώνουν βούληση – εκ των προτέρων - αποκλεισμού συγκεκριμένων φορέων ή ευνοϊκής μεταχείρισης έτερων συμμετεχόντων. β) Στην τελική τους σύσταση, δηλαδή αυτή που τελικώς παρασκευάζεται από τους εργαλειοδότες και χρησιμοποιείται από τους ιατρούς, και τα δύο προϊόντα (προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας) εμπεριέχουν 2000 IU θρομβίνης, συνδυασμένες είτε με 5 χιλιοστόλιτρα ζελατίνης για το προϊόν Floseal (ΜΠΑΞΤΕΡ) είτε με 8 χιλιοστόλιτρα για το προϊόν Surgiflo (..... και -). γ) Η δραστική ουσία των αιμοστατικών με γέλη και θρομβίνη δεν είναι η θρομβίνη μόνο (όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα), αλλά και η αιμοστατική γέλη. δ) Για τη θρομβίνη και το ενδογενές ανθρώπινο ινωδογόνο, η μέγιστη ταχύτητα αιμόστασης επιτυγχάνεται σε 100 IU θρομβίνης / ml, η δε αύξηση άνω των 100 IU / ml θρομβίνης δεν αυξάνει την ταχύτητα αιμόστασης. Κατά συνέπεια, ένα διάλυμα θρομβίνης 100 IU / mL με ζελατίνη είναι τόσο αποτελεσματικό όσο ένα διάλυμα θρομβίνης 1000 IU / mL. ε) Τα δύο αιμοστατικά προϊόντα έχουν (σύμφωνα και με την επιστημονική προκλινική, βιοχημική, και κλινική βιβλιογραφία) την ίδια ταχύτητα αιμόστασης και αιμοστατική ικανότητα γενικότερα, παρά την ανά χιλιοστόλιτρο διαφορά συγκεντρώσεως θρομβίνης. στ) Ο προσβαλλόμενος ειδικός όρος των τεχνικών προδιαγραφών, δεν αποκλείει οποιαδήποτε εταιρεία που έχει προϊόν γέλης και θρομβίνη, ανεξαρτήτως του μεγέθους του τελικού προϊόντος, αλλά επιχειρεί την ανάδειξη της οικονομικότερης προσφοράς, στη βάση ικανοποίησης της ανάγκης για χρήση αιμοστατικού - γέλης με θρομβίνη σε ποσότητα άνω των 6 ml. ζ) Σε περίπτωση αναγωγής βάσει τεμαχίου τότε πιθανόν η αναθέτουσα αρχή να μην επιλέξει την οικονομικότερη προσφορά, αλλά την προσφορά της εταιρείας που δύναται να δώσει το τελικό προϊόν σε μικρότερη συσκευασία, η οποία όμως δεν επαρκεί για όλα τα χειρουργεία, ιδίως δε τα δύσκολα και χρονοβόρα. Εξάλλου, η αξιολόγηση ανά τεμάχιο θα δημιουργούσε ανισότητες σε βάρος των εταιρειών που προσφέρουν τελικό προϊόν με περισσότερη αιμοστατική γέλη με θρομβίνη, όπως η παρεμβαίνουσα, καθώς θα αναγκάζονταν να ανταγωνισθούν ένα προϊόν με λιγότερη δραστική ουσία στην τιμή, ενώ ενδεχομένως το νοσοκομείο θα

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

σπαταλούσε περιττούς πόρους μη αναλογιζόμενο τη διαφορά των ποσοτήτων μεταξύ προσφορών.

11. Επειδή, τέλος, στις 09-04-2020 η προσφεύγουσα ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, κατά την έννοια των διατάξεων του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, στο οποίο, επιπλέον των όσων είχε υποστηρίξει στην προσφυγή της, προβάλλει αναλυτικούς ισχυρισμούς προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, ιδίως δε υποστηρίζει τα εξής: α) Οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα, β) Από μελέτες (τις οποίες η προσφεύγουσα επισυνάπτει) προκύπτει ότι η αποτελεσματικότητα δράσης των δύο προϊόντων (προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας) δεν είναι ίδια: Το προϊόν Surgiflo στην ίδια συσκευασία προσφέρει 20% λιγότερη ποσότητα θρομβίνης, ενώ η αραίωση ενός διαλύματος είναι άμεσα συνδεδεμένη με τη δράση του, τα χαρακτηριστικά και την συμπεριφορά του εκάστοτε διαλύματος, η διαφορά δε στα ml του Surgiflo αποτελούν αέρα και νερό, καταληκτικά δε αποδεικνύεται ότι παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, η ποσότητα που χρειάζεται για να επιτευχθεί αιμόσταση είναι περισσότερη όταν χρησιμοποιείται Surgiflo.

12. Επειδή, σχετικά με τους λόγους της κρινόμενης προσφυγής, στο ν. 4412/2016, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου υπάγεται ο διαγωνισμός (βλ. σκ. 4^η), ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 18, υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», μεταξύ άλλων, ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. ...», στο άρθρο 122, ότι: «1. Με την επιφύλαξη των άρθρων 26 παράγραφοι 2, 32, 117 και 118, οι προκηρύξεις σύμβασης για όλες τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης κάτω των ορίων χρησιμοποιούνται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού. Οι προκηρύξεις σύμβασης συντάσσονται, σύμφωνα με τυποποιημένα έντυπα που εκδίδει η Αρχή κατά την παρ. 5 του άρθρου 53, περιέχουν κατ' ελάχιστον τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Γ` του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α`, εφόσον οι εν λόγω πληροφορίες προσιδιάζουν στις συμβάσεις αυτές και δημοσιεύονται, σύμφωνα με το άρθρο 66. ...», στο άρθρο 53, με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», μεταξύ άλλων, ότι: «1. ... 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, ..., περιέχουν ιδίως: α) ... στ) το είδος της διαδικασίας. ζ) ... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, ... ιβ) ... ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87, ιστ) ... 3. ...», στο άρθρο 54 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` ([...] 1. [...] β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, [...], ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις [...] και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης [...]) παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών [...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις [...] υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές ... σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, [...], κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα [...] ή συγκεκριμένης παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, [...].»

13. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 470/2018 κ.α.) ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση μιας σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, χωρίς να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα 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. ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται 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 124/2015, 9/2015, 354/2014). Οι αρχές, εξάλλου, της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει πάντοτε να ερμηνεύονται και υπό το πρίσμα της προστασίας του αποτελεσματικού, βιώσιμου και ουσιώδη ανταγωνισμού (βλ. ΑΕΠΠ 141/2017 κ.α.). Κατά συνέπεια, οι οριζόμενες τεχνικές προδιαγραφές ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτές, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ούτε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό.

14. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί ότι δεν μπορεί επιβληθεί στην αναθέτουσα αρχή η υποχρέωση να καθορίσει τα κριτήρια για την ανάθεση μιας σύμβασης με βάση τους δυνητικούς προσφέροντες, διότι θα έπρεπε στην περίπτωση αυτή να καθορίζει ποια είναι τα κριτήρια τα οποία μπορεί να πληροί μόνον ένας προσφέρων και να τα αποσύρει από το σχέδιο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, αντιμετωπίζοντας όμως το ενδεχόμενο ένας προσφέρων να είναι σε θέση να πληροί ένα κριτήριο, και ένας άλλος να μπορεί να πληροί ένα άλλο. (πρβλ. ΔΕΕ, C-513/99, Concordia Bus Finland, Απόψεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo, παρ. 153). Κατά συνέπεια, θεμιτά και νόμιμα δεν μπορεί να αποκλειστεί ορισμένοι δυνητικοί προσφέροντες να αποκτούν πλεονέκτημα, εφόσον το ελεγχόμενο κριτήριο

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

είναι αντικειμενικά δικαιολογημένο, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως της συμβάσεως και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

15. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, στο άρθρο 1 της διακήρυξης με τίτλο «Στοιχεία Αναθέτουσας Αρχής και Αντικείμενο της Σύμβασης», μεταξύ άλλων ορίζονται τα εξής: «β. Συνοπτικά στοιχεία σύμβασης ... Αντικείμενο Σύμβασης. Η παρούσα σύμβαση αφορά προμήθεια τριακοσίων (300) τεμαχίων αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρωπεία θρομβίνη, είκοσι (20) τεμαχίων αιμοστατικού επιθέματος στεγανοποίησης έτοιμο προς χρήση, από βόειο χόριο κολλαγόνο, αποστειρωμένο μιας χρήσης επικαλυμμένο με NHS-PEG διαστάσεων 4,5cmx4,5cm και δέκα (10) τεμαχίων αιμοστατικού επιθέματος στεγανοποίησης έτοιμο προς χρήση, από βόειο χόριο κολλαγόνο, αποστειρωμένο μίας χρήσης επικαλυμμένο με NHS-PEG διαστάσεων 4,5cmx9cm ... Κριτήριο Κατακύρωσης. Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής ...», ενώ στο άρθρο 2.γ της διακήρυξης με τίτλο «Κριτήριο ανάθεσης», ορίζεται ότι: «Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η προσφορά προϊόντων σε διαφορετική συσκευασία, καθιστά απαραίτητη την αναγωγή της τιμής αυτών ανά μονάδα όγκου (ml) συσκευασίας. Σε περίπτωση που προκύψουν ισοδύναμες προσφορές, η υπηρεσία επιλέγει τον προσωρινό ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισοδύναμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισοδύναμες προσφορές και το αποτέλεσμα καταγράφεται στο πρακτικό.». Στο άρθρο 2 δ. (3) (β), εξάλλου, της διακήρυξης ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή στο Παράρτημα «Α» της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. ...». Στο άρθρο 2 δ.(6), δε ορίζονται τα εξής: «Η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : (α) Η οποία

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2δ(1) (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2δ(2) (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2δ(3) (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), ... (η) Η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης Διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. (θ) Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται οι προσφορές των οποίων η τιμή είναι ανώτερη του Παρατηρητηρίου Τιμών (εφόσον υπάρχουν κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών).». Στο Παράρτημα Α της διακήρυξης, τέλος, με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΙΜΟΣΤΑΤΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ – ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», στο άρθρο 1 με τίτλο «Περιγραφή Αντικειμένου της Σύμβασης», ορίζεται ότι «Η παρούσα σύμβαση αφορά προμήθεια τριακοσίων (300) τεμαχίων αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρωπεία θρομβίνη, ...», ενώ στο άρθρο 2 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές για την Προμήθεια αιμοστατικών υλικών», ορίζονται τα εξής: «α. Αιμοστατικά υλικά αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας με ανθρωπεία θρομβίνη (Κωδικός Υλικού:): (1) Να είναι αποστειρωμένο μιας χρήσεως. (2) Να αποτελείται από κόλλα ή ζελατίνη ανθρωπείας ή ζωικής προέλευσης με ανθρωπεία θρομβίνη. (3) Να ελέγχει άμεσα την αιμορραγία και να απορροφάται γρήγορα από τον οργανισμό. (4) Να μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε ανοιχτές και λαπαροσκοπικές επεμβάσεις. (5) Να συνοδεύεται από ΚΙΤ προετοιμασίας, η οποία να είναι εύκολη και ταχεία. (6) Το τελικό προϊόν να είναι τουλάχιστον 5 ml, για επάρκεια κάλυψης μεγάλης επιφάνειας. (7) Να παραμένει χρησιμοποιήσιμο για τουλάχιστον 4 ώρες μετά την ανασύσταση. (8) Να φέρει σήμανση CE Mark. β. Ειδικοί Όροι Τεχνικών Προδιαγραφών: Οι κάτωθι ειδικοί όροι αφορούν όλα τα προϊόντα του συγκεκριμένου διαγωνισμού και σκοπό έχουν την διασφάλιση της καταλληλότητας και αξιοπιστίας των προσφερομένων υλικών και την ορθή προμήθεια αυτών από το Νοσοκομείο: (1) Να περιλαμβάνεται το φυλλάδιο οδηγιών του κατασκευαστή οίκου μεταφρασμένο στα Ελληνικά. (2) Τα προϊόντα να έρχονται αποστειρωμένα και στη συσκευασία να αναγράφεται η ένδειξη CE Mark. (3) Να προσκομίζονται τουλάχιστον 2 κλινικές μελέτες, κατά

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

προτίμηση τυχαιοποιημένες, δημοσιευμένες σε έγκυρα επιστημονικά περιοδικά, που να πιστοποιούν την αποτελεσματικότητα του προϊόντος σε διάφορες χειρουργικές ειδικότητες. (4) Η ημερομηνία λήξεως των εργαλείων να είναι άνω των 2 ετών. (5) Το κακό αποτέλεσμα μετά από χρήση στο χειρουργείο ή σε προσομοίωση χειρουργείου θα αποτελεί λόγο απόρριψης. (6) Προσκόμιση καταλόγου Νοσοκομείων που ήδη προμηθεύονται το προϊόν. (7) Υπεύθυνη δήλωση θεωρημένη για το γνήσιο της υπογραφής, όπου θα δηλώνεται το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής του προϊόντος και το εργοστάσιο και η χώρα συσκευασίας και διανομής (σε περίπτωση που είναι διαφορετικά). (8) Η προμηθεύτρια εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρεία για τη διακίνηση του προϊόντος στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία, ώστε να διασφαλίζεται η ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο Νοσοκομείο, η οποία θα γίνεται σύμφωνα με την ισχύουσα Νομοθεσία, καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση-απόσυρση προϊόντος, ή μετά από την συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων» (Λευκή Κάρτα). (9) Κάθε προσφέρουσα εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να προσκομίσει δήλωση της κατασκευάστριας εταιρείας με αναφορά στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, που να αναφέρει ότι σε περίπτωση κατακύρωσης της σύμβασης στην προσφέρουσα εταιρεία, η κατασκευάστρια εταιρεία θα δεσμευτεί να την προμηθεύσει με την συγκεκριμένη ποσότητα των κατακυρωθέντων ειδών της σύμβασης. (10) Η προσφορά προϊόντων σε διαφορετική συσκευασία, καθιστά απαραίτητη την αναγωγή της τιμής αυτών ανά μονάδα όγκου (ml) συσκευασίας.».

16. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης και του Παραρτήματος Α' αυτής συνάγεται ότι το καθ' ου νοσηλευτικό ίδρυμα επιδιώκει να προμηθευτεί μεταξύ άλλων τριακόσια (300) τεμάχια αιμοστατικού υλικού αμέσου επίσχεσης αιμορραγίας, καθένα από τα οποία πρέπει να αποτελείται από κόλλα ή ζελατίνη ανθρωπείας ή ζωικής προέλευσης με ανθρωπεία θρομβίνη και να περιέχει τελικό προϊόν τουλάχιστον 5 ml. Δεν

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

προσδιορίζεται, όμως, ειδικώς ούτε η ποσότητα κόλλας ή ζελατίνης, ούτε η ποσότητα ανθρώπινης θρομβίνης που κάθε τεμάχιο πρέπει να περιέχει, ούτε η αναλογία μεταξύ κόλλας και θρομβίνης στο τελικό προϊόν. Αρκεί το αιμοστατικό υλικό να επιφέρει άμεση αιμόσταση, να μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε ανοιχτές και λαπαροσκοπικές επεμβάσεις, να συνοδεύεται από ΚΙΤ προετοιμασίας, η οποία να είναι εύκολη και ταχεία, να παραμένει χρησιμοποιήσιμο για τουλάχιστον 4 ώρες μετά την ανασύσταση και να φέρει σήμανση CE Mark. Κατά συνέπεια, στο διαγωνισμό μπορούν να γίνουν δεκτά τεμάχια αιμοστατικού υλικού ανεξαρτήτως περιεκτικότητας ανθρώπινης θρομβίνης ή ζελατίνης ανά ml τελικού προϊόντος, αρκεί να επιτυγχάνει το ζητούμενο αποτέλεσμα, η άμεση επίσχεση της αιμορραγίας δηλαδή. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της αποτελεσματικότερης δράσης του προϊόντος που αυτή προσφέρει υπό την ονομασία «Floseal», λόγω μεγαλύτερης περιεκτικότητας θρομβίνης ανά ml, σε σύγκριση με το προϊόν που η παρεμβαίνουσα προσφέρει υπό την ονομασία «Surgiflo», καθώς και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας προβάλλονται αλυσιτελώς. Και τούτο, διότι εφόσον και τα δύο προϊόντα επιτυγχάνουν άμεση αιμόσταση, είναι αδιάφορο κατά τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και δεν αξιολογείται αν η δράση τους οφείλεται στην ανθρώπινη θρομβίνη ή στην κόλλα ή τη ζελατίνη από τα οποία αποτελούνται και στις αναλογίες μεταξύ τους ανά ml ή στο τελικό προϊόν. Όπως η ίδια η προσφεύγουσα, εξάλλου, συνομολογεί στην προσφυγή της, αμφότερα τα αιμοστατικά προϊόντα (προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας), κατά την Εθνική Επιτροπή Υγείας (ΕΠΥ), είναι ισάξια, έχουν κατηγοριοποιηθεί υπό κοινή κωδικοποίηση στο Παρατηρητήριο ΕΠΥ υπό την περιγραφή «ΑΙΜΟΣΤΑΤΙΚΗ ΖΕΛΑΤΙΝΗ ΜΕ ΑΝΘΩΠΙΝΗ ΘΡΟΜΒΙΝΗ ΑΠΟ 2000IU ΕΩΣ ΚΑΙ 2500IU – ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑ 5ML ΕΩΣ 10ML», ως προς τα οποία έχει οριστεί ενιαία ανώτατη τιμή ανά τεμάχιο, της ποσότητας τελικού προϊόντος ανά συσκευασία κυμαινόμενη από 5ml έως και 10 ml και ανεξαρτήτως περιεκτικότητας σε ανθρώπινη θρομβίνη του τελικού προϊόντος, αρκεί αυτή να ανέρχεται σε 2000IU κατ' ελάχιστο και 2500IU κατά μέγιστο. Και υπό την εκδοχή, όμως ότι η αιμοστατική δράση των σκευασμάτων της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας είναι ανάλογη της ποσότητας ή της

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

συγκέντρωσης θρομβίνης ανά ml αυτών, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 13^η σκέψη της παρούσας, απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα της αναθέτουσας αρχής να μη θεσπίσει όρο, ο οποίος, επιπλέον της ιδιότητας του προσφερόμενου αιμοστατικού υλικού να επιφέρει άμεση επίσχεση της αιμορραγίας, να λαμβάνει υπόψη ειδικώς και την αναλογία αυτή. Λόγοι δε με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του 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 307/2007). Από τις διατυπώσεις των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, εξάλλου, συνάγεται ότι το προσφερόμενο τεμάχιο αιμοστατικού υλικού απαιτείται να καλύπτει μεγάλη επιφάνεια εφαρμογής, η ποσότητα δε, ακριβέστερα ο όγκος των 5 ml του τελικού προϊόντος αιμοστατικού υλικού που πρέπει να περιέχει κάθε προσφερόμενο τεμάχιο, κατά τη ρητή διατύπωση του όρου (6) των τεχνικών προδιαγραφών είναι η ελάχιστη. Επομένως, τυχόν μεγαλύτερη ποσότητα αιμοστατικού υλικού ανά συσκευασία είναι επιθυμητή. Δοθέντος ότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή το προϊόν που η προσφεύγουσα επιθυμεί να προσφέρει στο διαγωνισμό διατίθεται σε συσκευασία των 5 ml, επομένως δεν θα μπορούσε η προσφορά της να αποκλειστεί για το λόγο αυτό. Δεν επικαλείται, όμως, η προσφεύγουσα και άλλους, ορισμένους και αρκούντως εξειδικευμένους ισχυρισμούς, ούτε αποδεικνύει ότι από τον προσβαλλόμενο όρο αδυνατεί ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς να υποβάλει προσφορά αναγώμενη ανά ml της συσκευασίας που προσφέρει. Κατά συνέπεια, απαραδέκτως, ελλείπει εννόμου συμφέροντος βάλλει σε βάρος της νομιμότητας της διατύπωσης «Η προσφορά προϊόντων σε διαφορετική συσκευασία, καθιστά απαραίτητη την αναγωγή της τιμής αυτών ανά μονάδα όγκου (ml) συσκευασίας.» του επίμαχου όρου, (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 31/2019), διότι κατ' ουσία επιδιώκει τη διαμόρφωση ευνοϊκότερων συνθηκών συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Ο επίμαχος όρος, άλλωστε, επαναλαμβάνεται και στους όρους του μη προσβληθέντος με την προσφυγή άρθρου της διακήρυξης περί του κριτηρίου ανάθεσης της σύμβασης, κατά το οποίο ρητώς και με σαφήνεια ορίζεται ότι ανάδοχος της σύμβασης θα

Αριθμός απόφασης: 510 / 2020

αναδειχθεί ο προσφέρων τη χαμηλότερη τιμή ανά τεμάχιο προς τα ml τελικού προϊόντος κάθε συσκευασίας (τεμαχίου) που προσφέρει. Δοθέντος ότι με την κρινόμενη προσφυγή δεν προσβάλλονται και οι όροι του άρθρου 2.γ της διακήρυξης περί του κριτηρίου ανάθεσης της σύμβασης, συνακόλουθα η προσβολή μόνον του επίμαχου όρου των τεχνικών προδιαγραφών είναι και αλυσιτελής.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό, η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 04 Μαΐου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

**Τζέιμου Γιάννακα
και α.α. Βασίλειο Γκίζη**