

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1411/18.11.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «... .. Α.Ε.Ε.» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... .. – ...-... «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 9539/2019 Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το ... .. – ...-... «...» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο άνω των ορίων Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 9539/2019 και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύτηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης με κωδικό αριθμό ..., ενώ αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 21.10.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την

## Αριθμός Απόφασης: 54/2020

προμήθεια «ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ, ΦΙΛΤΡΩΝ ΚΑΤΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΣΩΜΑΤΙΔΙΩΝ ΚΑΙ ΜΙΚΡΟΒΙΟΚΡΑΤΩΝ ΦΙΛΤΡΩΝ» (CPV ...), εκτιμώμενης αξίας τριακοσίων είκοσι δύο χιλιάδων δέκα ευρώ (322.010,00 €) χωρίς Φ.Π.Α.24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 29<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:30 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 15.11.2019 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. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 9539/2019 Διακήρυξης, κατά το μέρος που στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι αυτής «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή)» απαιτούνται φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά ακόμη και σε εμπορικά σήματα και απαιτεί συγκεκριμένη μέθοδο αποστείρωσης αυτών, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 9539/2019 Διακήρυξη κατά το μέρος που ζητάει φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά ακόμη και σε εμπορικά σήματα και απαιτεί συγκεκριμένη μέθοδο αποστείρωσης αυτών και γ) να ακυρωθεί κάθε συναφής μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 15.11.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της

## Αριθμός Απόφασης: 54/2020

Τράπεζας Πειραιώς, ποσού χιλίων πεντακοσίων δώδεκα ευρώ και ενενήντα τριών λεπτών (1,512,93 €) 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 του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

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

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

10. Επειδή, στις 18.11.2019, 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<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1781/18.11.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 18.11.2019 και υπέβαλε στις 25.11.2019, 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 το αίτημα για χορήγηση προσωρινών μέτρων και την υπό κρίση προσφυγή.

## **Αριθμός Απόφασης: 54/2020**

12.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 18.12.2019 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 17 Δεκεμβρίου 2019 υπόμνημά της.

13.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από

## Αριθμός Απόφασης: 54/2020

τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 9539/2019 Διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

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

16. Επειδή, περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή)» (σελ. 47 επ.) ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές ως προς τη ζητούμενη μεμβράνη των φίλτρων πολυαιθερικής σουλφόνης, για τα είδη με α/α 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 και 13 της Κατηγορίας Α2 και με α/α 1, 2, 3, 4, 5 έως 8, 9, 10, 11 και 12 της Κατηγορίας Β2

με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα, καθώς και σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις και ως προς τη ζητούμενη μέθοδο αποστείρωσης για τα είδη με α/α 1, 2, 8 και 9 της Κατηγορίας Α2 και με α/α 11 και 12 της Κατηγορίας Β2, με αναφορά αποκλειστικά στη μέθοδο ....

17. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ενώ νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, έστω και αν τα επιλεγέντα υλικά προσφέρονται την δεδομένη χρονική στιγμή, από μια μόνο εταιρία, εφόσον κατά την τεχνική κρίση της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των νοσοκομείων (ΣτΕ 1105/2010, ΣτΕ 365/2007). Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεσης σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της

αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2<sup>η</sup> αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17<sup>ης</sup> 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,

## Αριθμός Απόφασης: 54/2020

απόφαση της 12<sup>ης</sup> 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<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartieradell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

19. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ΕΛΣυν Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3065/2014) οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου



του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011).

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

21. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

22. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 12-31, υπό «6. Οι προδιαγραφές για τη μεμβράνη του φίλτρου», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης έχουν τεθεί παράνομα και συνεπώς είναι ακυρωτές, καθώς ο καθορισμός του τύπου της ζητούμενης μεμβράνης του φίλτρου είναι προδήλως φωτογραφικός, δεδομένου ότι γίνεται με ευθεία και απροκάλυπτη παραπομπή σε εμπορικά σήματα καθώς και σε συγκεκριμένες χημικές συστάσεις που φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα των μεμβρανών αυτών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό των φίλτρων. Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 10738/25.11.2019 εγγράφου της, με θέμα: «Απόψεις Αναθέτουσας Αρχής επί της προσφυγής με Γ.Α.Κ. ΑΕΠΠ 1411/2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας ... .. Α.Ε.Ε.», οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 25.11.2019, αναφέρει τα εξής: *«Οι τεχνικές προδιαγραφές βασίστηκαν σε επιστημονικά κριτήρια, που ισχύουν σήμερα παγκοσμίως, στην εμπειρία της επιτροπής και έχοντας ως βασικό γνώμονα την διαφύλαξη της υγείας των αιμοκαθαρόμενων ασθενών.*

*Έτσι τα φίλτρα ταξινομήθηκαν με βάση τα μέχρι σήμερα ισχύοντα επιστημονικά κριτήρια, που είναι αυτά που προτείνει η Ελληνική Νεφρολογική Εταιρία και συνέστησε η αρμόδια επιστημονική επιτροπή στην Επιτροπή Προμηθειών Υγείας:*

**1. Συντελεστής υπερδιήθησης (Kuf) του φίλτρου**

*Με βάση αυτό το κριτήριο το 40% των φίλτρων θα ανήκουν στην κατηγορία Α και το 60% στην κατηγορία Β.2*

*1) Κατηγορία Α (High flux): IN VITRO Kuf >20ml/mmHg/h/1.0 m<sup>2</sup> και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m<sup>2</sup>*

*2) Κατηγορία Β (Low flux): IN VITRO Kuf <20ml/mmHg/h/1.0 m<sup>2</sup> και επιφάνεια μεμβράνης > 1,5 m<sup>2</sup>*

**2. Είδος μεμβράνης του φίλτρου**

## Αριθμός Απόφασης: 54/2020

Με βάση την εμπειρία και τις ανάγκες της Μονάδας Τεχνητού Νεφρού Νοσοκομείου ... ζητήθηκαν από την πληθώρα των ειδών μεμβρανών φίλτρων αιμοκάθαρσης τα παρακάτω:

Κατηγορία A (High flux):

- 1) νεότερης γενιάς πολυσουλφόνη τύπου Vita Sulfone, επιφάνειας  $\geq 1,9$
- 2) ή/και νεότερης γενιάς πολυσουλφόνη επικαλυμμένη με βιταμίνη E, επιφάνειας  $\geq 1,9$
- 3) ή/και νεότερης γενιάς πολυσουλφόνη τύπου ..., επιφάνειας  $\geq 2,1$
- 4) τύπου πολυμεθακρυλικό – Μεθύλιο (PMM), επιφάνειας  $\geq 1,8$

Κατηγορία B (Low flux):

- 1) πολυσουλφόνη τύπου Vita Sulfone, επιφάνειας  $\geq 1,9$
- 2) ή/και νεότερης γενιάς πολυσουλφόνη επικαλυμμένη με βιταμίνη E, επιφάνειας  $\geq 1,9$
- 3) ή/και νεότερης γενιάς πολυσουλφόνη τύπου ..., επιφάνειας  $\geq 1,8$
- 4) αρχικής γενιάς πολυσουλφόνη, επιφάνειας  $\geq 2,2$
- 5) τύπου πολυμεθακρυλικό – Μεθύλιο (PMM), επιφάνειας  $\geq 1,8$
- 6) ή/και τύπου αιθυλεν-βυνιλ-αλκοόλης (ethylene vinyl alcohol copolymer, EVAL), επιφάνειας  $\geq 1,8$

Με τα ζητούμενα είδη μεμβρανών δεν αποκλείουμε κανένα προμηθευτή, αφού με την λέξη «τύπου» εννοούμε είτε την ίδια μεμβράνη ή ισοδύναμη με αυτή, αρκεί να έχει τα ίδια χαρακτηριστικά.

Αυτό βέβαια θα πρέπει να αποδεικνύεται από τον προσφέροντα με την προσκόμιση από την κατασκευάστρια εταιρία των τεχνικών χαρακτηριστικών ή που θα μας παραπέμπει σε βιβλιογραφικές αναφορές που θα αποδεικνύουν ότι έχει τα ίδια χαρακτηριστικά.

Επιπλέον, κατά την κρίση της επιτροπής σύνταξης των προδιαγραφών, για ακόμη μεγαλύτερη διασφάλιση του υγιούς ανταγωνισμού, αρκετά είδη ομαδοποιήθηκαν και ταξινομήθηκαν στην ίδια κατηγορία. Έτσι, διασφαλίζεται ακόμη περισσότερο η προσφορά περισσότερων εταιριών.

Η αναφορά ότι η μεμβράνη τύπου πολυσουλφόνης είναι μιας εταιρίας, είναι παντελώς αναληθής αφού μέχρι σήμερα πλέον των 18 εταιριών κατασκευάζουν μεμβράνες πολυσουλφόνης.

Για να γνωρίζει η προσφεύγουσα εταιρεία τις τεχνικές προδιαγραφές των μεμβρανών που ζητάμε, θα παραθέσουμε ενδεικτικά παρακάτω τα γενικά χαρακτηριστικά για κάποια είδη μεμβρανών:

**Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της μεμβράνης τύπου ... είναι:** Η μεμβράνη αυτή βρίσκεται σε περίβλημα με νέο κωνικό σχεδιασμό στο σχήμα των κεφαλών. Στη δομή των τριχοειδών, χρησιμοποιείται η τεχνική της κυματοειδούς διάταξης των τριχοειδών και όχι της ευθείας, που προσδίδει καλύτερη, ομοιόμορφη και αποδοτικότερη διέλευση του διαλύματος αιμοκάθαρσης γύρω από τις ίνες. Επίσης, η ... αποτελεί μια νεότερη πολυσουλφόνη μ' ένα λεπτό υδρόφιλο στρώμα στην εσωτερική επιφάνεια για να αμβλύνει την αλληλεπίδραση αίματος-μεμβράνης, έτσι ώστε να αποφεύγεται η συγκόλληση των αιμοπεταλίων και η ενεργοποίηση άλλων συστατικών του αίματος, με αποτέλεσμα την ανάγκη για μικρότερη ποσότητα ηπαρίνης. Η αποστείρωση γίνεται με γ-ακτινοβολία ή με β-ακτινοβολία (...), έτσι ώστε να είναι απαλλαγμένη από ΕΤΟ.

**Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της μεμβράνης τύπου πολυσουλφόνης (PSf) είναι:** Σήμερα πάνω από 18 εταιρείες διαθέτουν φίλτρα με μεμβράνη πολυσουλφόνης (PSf). Οι μεμβράνες από PSf έχουν τη δυνατότητα να αφαιρούν ένα ευρύ φάσμα ουραιμικών τοξινών, είναι αποτελεσματικές στην κατακράτηση ενδοτοξινών και παρέχουν ενδογενή βιοσυμβατότητα και χαμηλή κυτταροτοξικότητα. Έκτος από την υψηλή ικανότητα διαπερατότητας ουσιών, η αυξημένη υδραυλική διαπερατότητα προάγει την αποδοτική μεταφορά ουσιών διάμεσου του μηχανισμού της συναπαγωγής. Μολονότι το κύριο συστατικό των PSf μπορεί να είναι το πολυμερές, αυτό αναμιγνύεται με αλλά πολυμερή για να δώσει στη μεμβράνη συγκεκριμένες ιδιότητες, όπως τον παράγοντα υδροφιλοποίησης στην περίπτωση της προσθήκης PVP. Υπάρχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ των μεμβρανών PSf, εξαιτίας των διακυμάνσεων στις ποσότητες των δύο συμπολυμερών που χρησιμοποιούνται σ' ένα συγκεκριμένο μίγμα και στη διαδικασία που χρησιμοποιείται για την επεξεργασία των ινών.

**Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της μεμβράνης τύπου αιθυλεν-βινιλαλκοόλης (EVAL) είναι:** Η EVAL ανήκει στις PSf και χαρακτηρίζεται ως συνθετική υδρόφιλη συμμετρική μεμβράνη που δεν απαιτείται προσθήκη υδρόφιλου πολυμερούς λ.χ. PVP, δεν έχει φορτίο, έχει λεία επιφάνεια που κατακρατά ύδωρ, έτσι ώστε να προσροφά λίγες πρωτεΐνες πλάσματος και να αλληλεπιδρά ασθενώς με κυτταρικά συστατικά του αίματος. Ως εκ τούτου, υπάρχει ελάχιστη ενεργοποίηση των αιμοπεταλίων και μικρή παραγωγή ελεύθερων ριζών οξυγόνου και προφλεγμονωδών κυτοκινών, όπως της IL-6 και της MCP-1 (monocyte chemo-attractant protein), η οποία μπορεί να βοηθά τους ασθενείς στη διατήρηση καλύτερης περιφερικής κυκλοφορίας. Επειδή διατηρεί τη μικρο-κυκλοφορία, θεωρείται κατάλληλη για την πρόληψη αθηροσκλήρυνσης και καρδιαγγειακών νοσημάτων. Κατά συνέπεια, η μακροχρόνια χρήση της μεμβράνης EVAL μπορεί να μειώσει το οξειδωτικό stress και τη φλεγμονή και έτσι να βοηθήσει στη μείωση των συμπτωμάτων της αγγειακής νόσου (σειρές φίλτρων KF-201D, KF-201M, KF-201C, όπου η διαπερατότητα για τη β2-μικροσφαιρίνη είναι SC 0,49, 0,65 και 0,65 αντίστοιχα και η διαπερατότητα για την αλβουμίνη SC είναι 0,02, 0,03 και 0,04 αντίστοιχα). Διατίθεται μόνο σε low flux. Οι καθάρσεις ουσιών μικρού MB είναι σχετικά καλύτερες των κυτταρινικών μεμβρανών, αλλά έχει καλύτερες καθάρσεις σε ουσίες μεγαλύτερου MB. Ελαττώνει την ενεργοποίηση του παράγοντα XII, της υψηλού MB καλλικρεΐνης και προκαλλικρεΐνης, έτσι ώστε το EVAL να μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε αιμοκάθαρση χωρίς ηπαρίνη. Θεωρείται ιδανική μεμβράνη σε περιπτώσεις αλλεργίας στην PSf.

### **3. Επιφάνεια μεμβράνης του φίλτρου :**

Ζητήθηκαν οι επιφάνειες μεμβρανών που κατά την κρίση των ιατρών χρησιμοποιούνται για τις ανάγκες των ασθενών της MTN. Με την ζήτηση μεγαλύτερης ή ίσης επιφανείας σε κάθε είδος μεμβράνης δεν «φωτογραφίζουμε» κανένα είδος αφού επιτρέπεται η προσφορά κάθε μεγαλύτερης επιφανείας ίδιου τύπου μεμβράνης. Ενδεικτικά αναφέρουμε το μέγεθος που απαιτείται τουλάχιστον να έχει η εν λόγω μεμβράνη.

**4. Καθάρσεις διαλυτών ουσιών (με σταθερή παροχή αίματος 300ml/min και διαλύματος 500ml/min)**

Ενδεικτικά η επιτροπή τεχνικών προδιαγραφών αναφέρει τις καθάρσεις ουσιών που πρέπει να επιτυγχάνει το κάθε είδος μεμβράνης, χωρίς να αποκλείει ίδιες ή ισοδύναμες («τύπου») μεμβράνες όταν επιτυγχάνουν μεγαλύτερες καθάρσεις ουσιών. Το κριτήριο αυτό θα είναι χρήσιμο να διαφοροποιήσει ίδιες μεμβράνες που προσφέρθηκαν στις ίδιες τιμές.

**5. Συντελεστής ΚοΑ του φίλτρου (Mass Transfer Area Coefficient)**

Ο ΚοΑ καθορίζει την αποδοτικότητα του φίλτρου και τις μέγιστες καθάρσεις ουσιών σε συνδυασμό με τη διαθέσιμη επιφάνεια. Είναι γεγονός ότι όσο μεγαλύτερος ο ΚοΑ, τόσο καλύτερη η απόδοσή του φίλτρου. Το κριτήριο αυτό θα είναι χρήσιμο να διαφοροποιήσει ίδιες μεμβράνες που προσφέρθηκαν στις ίδιες τιμές.

**6. Συντελεστής διαβατότητας (SC) β2- μικροσφαιρίνης**

Ο SC είναι συντελεστής κάθαρσης β2-μικροσφαιρίνης και καθορίζει την κάθαρση μέσου μοριακού βάρους ουσιών. Γεγονός μεγάλης σημασίας είναι η χρήση φίλτρων με όσο μεγαλύτερο SC για την αποφυγή της εμφάνισης διάφορων επιπλοκών όπως είναι η αμυλοείδωση της αιμοκάθαρσης. Όσο πιο κοντά στο 1 είναι αυτή η τιμή του SC τόσο το καλύτερο είναι το αποτέλεσμα. Φίλτρα με ίδια μεμβράνη και ίδια επιφάνεια μπορεί να έχουν διαφορετικό SC. Σε κάθαρση high flux ο SC β2-μικροσφαιρίνης είναι  $> 0,5$ . Το κριτήριο αυτό θα είναι χρήσιμο να διαφοροποιήσει ίδιες μεμβράνες που προσφέρθηκαν στις ίδιες τιμές.

**7. Είδος αποστείρωσης του φίλτρου**

Αποδεκτοί τρόποι αποστείρωσης είναι με: ατμό, θερμική, γ-ακτινοβολία και με β-ακτινοβολία. Αποκλείονται φίλτρα που αποστειρώθηκαν με εθυλαινοξείδιο. Το κριτήριο αυτό θα είναι χρήσιμο να διαφοροποιήσει ίδιες μεμβράνες που προσφέρθηκαν στις ίδιες τιμές.

**8. Βιοσυμβατότητα μεμβρανών**

Η βιοσυμβατότητα έχει να κάνει με την τάση για δημιουργία θρόμβου, με την ενεργοποίηση του συμπληρώματος δια μέσου της εναλλακτικής οδού και την

ενεργοποίηση των πολυμορφοπύρηνων. Το κριτήριο αυτό θα είναι χρήσιμο να διαφοροποιήσει ίδιες μεμβράνες που προσφέρθηκαν στις ίδιες τιμές.

**Με βάση όλες τις παραπάνω διευκρινίσεις**

1. Η χρήση των φίλτρων, ασθενών που υποβάλλονται σε αιμοκάθαρση, καθορίζεται από τους θεράποντες ιατρούς με βάση τα χαρακτηριστικά των φίλτρων που αναφέρθηκαν παραπάνω και τις ανάγκες των ασθενών.

2. Τα χαρακτηριστικά των φίλτρων που ζητούνται στον εν λόγω διαγωνισμό δεν «φωτογραφίζουν» καμία εταιρία αφού χρησιμοποιείται ο όρος «τύπου» που είναι ταυτόσημος με τον όρο «ισοδύναμο», παρά μόνο λαμβάνουν υπόψη τεχνικά χαρακτηριστικά των ήδη υπαρχόντων από ετών καταξιωμένων εταιριών στην Ελληνική αγορά, όπως π.χ. .... Το είδος της μεμβράνης του φίλτρου καθορίζει τις ιδιότητες της μεμβράνης και έχει ιδιαίτερη σημασία (είναι όπως στο φάρμακο η δραστική ουσία). Ακόμη και στα γενόσημα υπάρχουν διαβαθμίσεις και το δικαίωμα επιλογής.

3. Τα είδη που ζητούνται σε κάθε κατηγορία, όπου μπορούν να ενοποιηθούν ενοποιοούνται έτσι ώστε να περιλαμβάνονται 2-3 μεμβράνες στην ίδια κατηγορία. Έτσι διασφαλίζεται η συμμετοχή περισσότερων εταιριών.

4. Η πολυσουλφόνη παράγεται από 18 τουλάχιστον εταιρίες παγκοσμίως, επομένως διασφαλίζεται η προσφορά περισσότερων της μιας εταιρίας. Επομένως ο ισχυρισμός ότι “φωτογραφίζει” μια εταιρία είναι αβάσιμος.

5. Η ζήτηση των φίλτρων με τις ονομασίες της μεμβράνης δεν αποτελεί το εμπορικό όνομα της παραγόμενης εταιρίας αλλά την ονομασία του συνθετικού πολυμερούς, π.χ. η μεμβράνη τύπου ... κυκλοφορεί με την εμπορική ονομασία Rexeed κ.ο.κ. Στις τεχνικές προδιαγραφές δεν αναφέρεται καμία εμπορική ονομασία. Οπότε ο ισχυρισμός ότι “φωτογραφίζεται” η μεμβράνη μιας εταιρίας είναι αβάσιμος, αφού δεν γίνεται αναφορά στο εμπορικό όνομα αλλά του υλικού συστατικού της μεμβράνης, που του προσδίδει τις ιδιότητες.

6. Ο κάθε προμηθευτής δεν μπορεί να επιβάλλει το δικό του προσφερόμενο φίλτρο όταν δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές που καθορίστηκαν από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών και θα χρησιμοποιηθούν από τους θεράποντες ιατρούς, με την δικαιολογία ότι «όλα είναι τα ίδια». Όλα είναι φίλτρα

αιμοκάθαρσης, αλλά δεν έχουν τα ίδια χαρακτηριστικά που ταιριάζουν στους εκάστοτε ασθενείς.

7. Οι εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές των φίλτρων αιμοκάθαρσης συντάχθηκαν στο ίδιο πνεύμα με τις προδιαγραφές φίλτρων που συνέταξε η αρμόδια επιτροπή και τις κατέθεσε στην Επιτροπή Προμηθειών Υγείας το 2016, και αναμένουμε να αποτελέσουν τις εθνικές προδιαγραφές φίλτρων αιμοκάθαρσης.

8. Διασφαλίζοντας τον υγιή ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερόμενων εταιριών και έχοντας ως πρώτιστο στόχο τη διασφάλιση και την παροχή ασφαλούς αιμοκάθαρσης στους ασθενείς του νομού μας, αποφεύγοντας προηγούμενες καταγγελίες ασθενών για κακής ποιότητας φίλτρων αιμοκάθαρσης (βλέπε διαμαρτυρία 14/10/2014 ασθενών Θεσσαλονίκης) προβαίνουμε στη διακήρυξη αυτού του διαγωνισμού με αυτές τις προδιαγραφές και θεωρούμε ως αβάσιμες τις ενστάσεις της εταιρίας «... .. Α.Ε.».

**Περαιτέρω:**

- Ο ν. 4412/2016 όχι μόνον δεν αποτρέπει, αλλά επιβάλλει την υποδιαίρεση των συμβάσεων σε τμήματα (άρθρο 59, αντίστοιχο του άρθρου 46 της ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), υποδιαιρούμενα σε ποιοτική βάση ανάλογα «με το είδος και τις διαθέσιμες εξειδικεύσεις» (βλ. και την παρ. 78 του Προοιμίου της ίδιας Οδηγίας).

- Κάθε μεμβράνη αποτελεί ξεχωριστό είδος φίλτρου με διαφορετικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες, κατάλληλου μόνον για συγκεκριμένη κατηγορία αιμοκαθαρόμενων ασθενών (όπως υπαγορεύει και η Ιατρική Επιστήμη) και αφ' ετέρου ότι η οποιαδήποτε τυχαία επιλογή ενός φίλτρου επειδή απλώς φέρει τη σήμανση CE, για χρήση του δε όλες τις κατηγορίες των ασθενών αυτών, εγκυμονεί τεράστιους κινδύνους όχι μόνον για την ποιότητα της παρεχόμενης αιμοκάθαρσης, αλλά και για την ίδια τη ζωή τους.

- Καθίσταται επομένως σαφές ότι, στην πραγματικότητα, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης δεν αποκλείουν είδη που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά απαιτούν συγκεκριμένες κατηγορίες φίλτρων (που, βέβαια, φέρουν CE), ανάλογα με τη σύνθεση της μεμβράνης τους, η καθεμία εκ των οποίων προορίζεται για την κάλυψη συγκεκριμένης ιατρικής και θεραπευτικής



περίπτωσης. Όπως συναφώς έχει κριθεί, δεν δύναται να θεωρηθεί παράνομος ο αποκλεισμός ενός προϊόντος με CE, όταν το εν λόγω προϊόν εκ κατασκευής, δεν είναι κατάλληλο να επιτελέσει τη χρήση για την οποία ζητείται, καθώς η εν λόγω καταλληλότητα, σε κάθε περίπτωση, είναι εξυπακουόμενη ουσιώδης απαίτηση της διακήρυξης (πρβλ. Επ.Αν.ΣτΕ 61/2011, σκέψη 6).

Εν προκειμένω, δηλαδή, η κατηγοριοποίηση και, συνακόλουθα, οι απαιτήσεις της Διακήρυξης για φίλτρα με διαφορετικές μεμβράνες δεν αποτελούν «επιπρόσθετες προδιαγραφές» ή «ιδιότητες» για ένα – δήθεν – μοναδικό είδος με σήμανση CE, όπως επιθυμεί να εμφανίζει η προσφεύγουσα, αλλά προδιαγράφουν εντελώς διαφορετικά μεταξύ τους είδη, που το καθένα τους (με βάση τη σύνθεση της μεμβράνης που διαθέτει) αποτελεί ξεχωριστή θεραπευτική επιλογή και ξεχωριστή κατηγορία, προοριζόμενη για συγκεκριμένη χρήση, ήτοι για την κάλυψη των αναγκών συγκεκριμένων κατηγοριών αιμοκαθαρόμενων ασθενών.

Όποτε ενώπιον των Δικαστικών Αρχών ή της Α.Ε.Π.Π. τέθηκαν τα ίδια ακριβώς ζητήματα αναφορικά με τα φίλτρα αιμοκάθαρσης και υπήρξε επαρκής διαφώτιση των εν λόγω Αρχών για την ουσία αλλά και για τη σοβαρότητα των ζητημάτων αυτών, που άπτονται της ίδιας της ζωής των αιμοκαθαρομένων, τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας περί δήθεν «φωτογραφικών» διατάξεων και παράνομου αποκλεισμού φίλτρων με CE απορρίφθηκαν (πλ. Ενδεικτικά, ΔΕφΘες 73/2015, ΔΕφΛαρ 51/2017, ΔΕφίωαν 28/2017 επί αίτησης αναστολής, ΑΕΠΠ 199/2017).

Η εκ μέρους της προσφεύγουσας απόπειρα απαξίωσης των πορισμάτων της «ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΝΕΦΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ», όσο και η αποσιώπηση της υπ' αριθμ. 92441/2014 Γνωμοδότησης του Ε.Ο.Φ. – που αμφότερα αναδεικνύουν το κυρίαρχο εν προκειμένω ζήτημα, ήτοι ότι κάθε μεμβράνη αποτελεί ξεχωριστό είδος φίλτρου, κατάλληλο για συγκεκριμένο ασθενή – αποκαλύπτει την πρόθεσή της για επιβολή προδιαγραφών που εξυπηρετούν τις δικές της δυνατότητες και συμφέροντα και όχι τις πραγματικές ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής και των ασθενών που θάλπει.

Κατόπιν όλων των προαναφερομένων, η προσφυγή της «... .. Α.Ε.» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.».

23. Επειδή, ωστόσο, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στις εκτιθέμενες απόψεις της, όπως έχει κριθεί πρόσφατα (βλ. ΔΕφΛαρ 72/2019), από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 54 και 86 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τιμή, προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από τη Διοίκηση ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, αφού οδηγεί αναγκαίως στη συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς. Αντιθέτως, το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς όπου τα προσφερόμενα είδη διαφοροποιούνται κατά το μάλλον ή ήττον ουσιαστικά από άποψη ποιότητας και τιμής, για το λόγο δε αυτόν, προκειμένου να ευρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, δικαιολογείται η στάθμιση κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και ποιοτικών κριτηρίων, εφ' όσον αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητά στην συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την απαγόρευση διακρίσεων (βλ. ΣΤΕ 2183/2004 (7μ.), ΕΑ 849/2004, ΕΑ 29/2005, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 17.9.2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκ. 34, 59, 61-63). Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελεγμένο σε λογική τιμή, αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί προμηθευτής,

θα υποχρεωθεί να συμπίεσει την τιμή της προσφοράς. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων και των διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπουργικής απόφασης με την οποία αυτή μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων πρέπει να προσδιορίζουν με σαφήνεια το υπό προμήθεια προϊόν, με παραπομπή σε εκ των προτέρων αναγνωρισμένα ευρωπαϊκά, ελληνικά ή άλλα πρότυπα και προδιαγραφές, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις των διατάξεων αυτών. Ειδικότερα, όταν ο διαγωνισμός προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων του άρθρου 2.2 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ διενεργείται κατά το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή, η Διοίκηση δεν δύναται να αξιώνει για τα προς προμήθεια είδη, πλην της σήμανσης CE, μέσω της οποίας δηλώνεται ότι τα είδη αυτά ανταποκρίνονται στα εναρμονισμένα πρότυπα, την πλήρωση περαιτέρω προδιαγραφών. Και τούτο διότι η Οδηγία 93/42/ΕΟΚ έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 100Α της Συνθήκης ΕΚ (πρώην 95 ΕΚ) και, ως εκ τούτου, για την επίτευξη του στόχου της διασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, εμποδίζει τα κράτη μέλη να απαγορεύουν, περιορίζουν ή παρακωλύουν τη διάθεση στην αγορά ιατροτεχνολογικών προϊόντων, τα οποία πληρούν τις απαιτήσεις αυτής και φέρουν την σήμανση CE (βλ. ΣτΕ 2183/04 7μ.). Από αυτά παρέπεται ότι, όταν η Διοίκηση, για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένης ανάγκης, επιθυμεί την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων που έχουν ιδιαίτερα τεχνικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες εν σχέσει με τα συνήθως κυκλοφορούντα στην αγορά και εφοδιασμένα με τη σήμανση CE προϊόντα, οφείλει να προσφύγει στο σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Άλλως, εάν δηλαδή για την προμήθεια των εν λόγω προϊόντων χρησιμοποιηθεί το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά με βάση την τιμή, αφενός μεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός (αφού οι περισσότεροι υποψήφιοι θα τεθούν εκτός διαγωνισμού στο στάδιο του παραδεκτού των τεχνικών προσφορών), αφετέρου δε η Διοίκηση κινδυνεύει να προμηθευτεί το ίδιο προϊόν σε ακριβότερη τιμή,

παρά αν διενεργούσε διαγωνισμό με το σύστημα της πλέον από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, αφού ο μόνος ή οι ολίγοι εναπομείναντες προμηθευτές, λειτουργώντας υπό συνθήκες μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου, θα δύνανται να διογκώσουν την τιμή των προσφερόμενων ειδών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 113/2008, 730/2009). Ομοίως, στη με αριθμό πρωτοκόλλου 3107/23.07.2014 Κατευθυντήρια οδηγία 2 (Απόφαση 231/2014, με θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών») της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) διευκρινίζεται μεταξύ άλλων στη σελ. 9 αυτής, ότι: «Δ) Αποφυγή συμπερίληψης στις τεχνικές προδιαγραφές όρων περιοριστικών συμμετοχής, όπως προϊόντων ορισμένης κατασκευής, παραγωγής ή γεωγραφικής προέλευσης

*Κατά βασική και ρητή επιταγή τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού δικαίου, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν επιτρέπεται να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής, ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα ("φωτογραφική περιγραφή"). Συνεπώς στη Διακήρυξη και ιδίως κατά τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών:*

- *δεν επιτρέπεται η αναφορά συγκεκριμένου εμπορικού σήματος/ονομασίας,».*

Αντίστοιχα, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5657/28.11.2016 Εγκύκλιο της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας ορίστηκε μεταξύ άλλων ότι: «[...]. Αποφασίζουν, μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ τους, ομόφωνα ότι τα δημόσια νοσοκομεία και οι λοιποί φορείς της παραγράφου 1 του άρθρου 9 του ν. 3580/2007, όταν προμηθεύονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα που εντάσσονται στο ρυθμιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενεργούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η οδηγία 93/42/ΕΟΚ, τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και

του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των δύο αυτών νομοθετημάτων, και την 3/2016 ειδική έκθεση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως εξής:

**Πρώτον**, απαγορεύεται να θεσπίζουν τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.

**Δεύτερον**, κατ' εξαίρεση του ανωτέρω κανόνα, επιτρέπεται, όταν συντρέχουν λόγοι αποφυγής κινδύνων ασφαλείας ή/και υγείας και εφόσον προηγουμένως έχουν ενημερώσει τον Ε.Ο.Φ. και έχει από αυτόν κινηθεί και ολοκληρωθεί η καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης, να θεσπίζουν, σύμφωνα με το αποτέλεσμα της ρήτρας (διαδικασίας) διασφάλισης, επιπρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές των ιατροτεχνολογικών προϊόντων που ζητούν να προμηθευτούν, οι οποίες περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE.

**Τρίτον**, στην περίπτωση που η σύμβαση της προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων που διενεργούν δεν πρόκειται να ανατεθεί με κριτήριο τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά που προσδιορίζεται αποκλειστικώς από την τιμή σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86 του ν.4412/2016 (πρόκειται για το ισοδύναμο κριτήριο της χαμηλότερης τιμής κατά το προϊσχύον δίκαιο), αλλά από το κόστος, δύνανται να θεσπίζουν κριτήρια, όπως τα ενδεικτικώς οριζόμενα στη διάταξη της ίδιας ως άνω παραγράφου, με τα οποία αξιολογούν τα προσφερόμενα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, υπό τον εξυπακοούμενο όρο ότι τα κριτήρια αυτά δεν περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που σύμβαση προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων ανατίθεται με κριτήριο το κόστος, τα κριτήρια που κατά τη διακριτική τους ευχέρεια θέτουν για την εκτίμηση του κόστους (λ.χ. κριτήρια ποιότητας) δεν επιτρέπεται να περιορίζουν ή αποκλείουν από την προμήθεια ιατροτεχνολογικά προϊόντα που φέρουν τη σήμανση CE, αλλά επιτρέπεται, δυνάμει των κριτηρίων αυτών, να τα αξιολογούν.».

24. Επειδή, σε σχέση με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: «[...]. Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της» και «...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της». Ομοίως, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 4661/14.09.2016 έγγραφο της Ε.Π.Υ. σχετικά με την αρμοδιότητά της να εγκρίνει τεχνικές προδιαγραφές μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «[...]. Οι φορείς του άρθρου 9 του Ν.3580/2007 δεν δεσμεύονται από την διαδικασία που είχε θεσπίσει η ΕΠΥ με προηγούμενες αποφάσεις της και μετά την εφαρμογή του Ν.4412/2016 δεν εγκρίνει πλέον τις τεχνικές προδιαγραφές των φορέων. Κάθε φορέας δύναται να χρησιμοποιήσει τεχνικές προδιαγραφές που είτε είχαν εγκριθεί με τη διαδικασία που είχε ορίσει η ΕΠΥ στις προηγούμενες αποφάσεις της, είτε χωρίς τη διαδικασία αυτή εφόσον προηγουμένως επανελεγχθούν και διαπιστωθεί η πλήρη εναρμόνιση του περιεχομένου τους με τις απαιτήσεις που τίθενται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και ιδίως αυτές που καθορίζονται στο άρθρο του 54». Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών ως προς τους όρους σύνταξης των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

25. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή θέτει τις τεχνικές προδιαγραφές βάσει εγκεκριμένων προτύπων των προς προμήθεια ειδών, όταν επιλέγει, ως κριτήριο αναθέσεως της σύμβασης προμήθειας, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά προσδιοριζόμενη αποκλειστικώς βάσει της τιμής, τότε δεν παρέχεται σε αυτή (αναθέτουσα αρχή) η δυνατότητα να περιλάβει στην οικεία διακήρυξη πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν δηλαδή των βάσει εγκεκριμένων προτύπων προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, ως υποχρεωτικές παρά μόνον ως «επιθυμητές» (πρβλ. ΔΕφΚομοτηνής Ν21/2019). Κατ' αυτόν τον τρόπο, αφενός είναι πιθανόν να επιτύχει συμπίεση των τιμών των

προσφερομένων ειδών με τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές και αφετέρου θα έχει την ευχέρεια «επί ίσοις όροις» (δηλαδή σε περίπτωση περισσοτέρων της μιας προσφορών του ίδιου είδους στην χαμηλότερη τιμή), να επιλέξει στην χαμηλότερη τιμή την προσφορά που ικανοποιεί και τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές. Αντίθετη άποψη θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διότι θα επέτρεπε την δημιουργία «τεχνητής χαμηλότερης τιμής», αφού θα έδινε την δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, επιλέγοντας το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς αποκλειστικώς βάσει τιμής, να απαιτεί αυξημένες προδιαγραφές ποιότητας, αποκλείοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία προσφορών ειδών που πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγκεκριμένων προτύπων ποιότητας (και, κατά τεκμήριο, έχουν την χαμηλότερη τιμή) και προωθώντας την προσφορά ειδών που καλύπτουν μεν τις ζητούμενες πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, αλλά δεν έχουν την χαμηλότερη τιμή. Επιπλέον, παρακάμπτοντας την υποχρέωση θεσπίσεως κριτηρίων αξιολογήσεως και διαδικασίας βαθμολογήσεως για τις πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, θα μπορούσε να περιλάβει «φωτογραφικούς όρους» στην διακήρυξη, νοθεύοντας τον ανταγωνισμό.

26. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, συνάγεται ότι, ο προσδιορισμός της προδιαγραφής «ΤΥΠΟΣ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ» των ζητούμενων ειδών μεμβράνη των φίλτρων πολυαιθερικής σουλφόνης, για τα είδη με α/α 6, 7 της Κατηγορίας Α2, τύπου ..., με α/α 8, 9 της Κατηγορίας Α2, τύπου Vitasulfone, με α/α 10, 11 της Κατηγορίας Α2, επικαλυμμένη με vit. E, με α/α 12 και 13 πολυθυλμεθακρυλικό μεθύλιο (PPM) της Κατηγορίας Α2 και με α/α 1, 2 της Κατηγορίας Β2, αιθυλεν-βινυλ-αλκοόλη (EVAL) 3, 4 της Κατηγορίας Β2, πολυθυλμεθακρυλικό μεθύλιο (PPM), 5 έως 8 της Κατηγορίας Β2, μεμβράνη πολυσουλφόνης, 9, 10 της Κατηγορίας Β2, τύπου ..., 11 και 12 της Κατηγορίας Β2, τύπου Vitasulfone, με ευθεία παραπομπή σε εμπορικά σήματα φίλτρων, δηλωτικά της προέλευσής τους από ορισμένη κατασκευάστρια εταιρεία και συγκεκριμένα τις εταιρείες ... (το οποίο προσφέρεται αποκλειστικά στην

ελληνική αγορά από την εταιρεία με την επωνυμία «...», η οποία έχει ήδη υποβάλλει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό) και ..., η οποία κατά την προσφεύγουσα ανήκει πλέον στον όμιλο εταιρειών ... ..., κατά περίπτωση. Συνεπώς, όπως έχει ήδη εκτεθεί ανωτέρω στις σκέψεις 17-21 της παρούσας, προκύπτει ότι η εν λόγω διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών, όπως έχει τεθεί εν προκειμένω στους όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης, έχει ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ορισμένες επιχειρήσεις έναντι άλλων και ως εκ τούτου καθίσταται μη νόμιμη και ακυρωτέα, δοθέντος ότι έχει τεθεί κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διασφάλισης του υγιούς ανταγωνισμού. Έτι περαιτέρω, ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή, όπως όλως αβάσιμα διατείνεται μεταξύ άλλων, στις ανωτέρω απόψεις της δεν είχε πρόθεση να κάνει ευθεία παραπομπή στα εμπορικά σήματα συγκεκριμένων εταιρειών, υπό την έννοια των «φωτογραφικών» διατάξεων, αλλά ο όρος «τύπου», ο οποίος χρησιμοποιείται στους επίμαχους όρους της διακήρυξης, εξισώνεται κατά την αναθέτουσα αρχή με τον όρο «ισοδύναμο» και συνεπώς, οι τεθέντες όροι, απλά και μόνο λαμβάνουν υπόψη τεχνικά χαρακτηριστικά ήδη υπαρχόντων από ετών καταξιωμένων εταιριών στην ελληνική αγορά και δεν παραπέμπουν στην κατασκευάστρια εταιρεία τους, αλλά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που τα διακρίνουν, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί σε κάθε περίπτωση, ότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να κάνει ρητή μνεία μαζί με όλες τις προαναφερόμενες εμπορικές επωνυμίες και στον χαρακτηρισμό ή «ισοδύναμο», κατά παράβαση των διατάξεων της παρ. 3 περίπτωση β) και 4 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016.

27. Επειδή, άλλωστε, ο προσδιορισμός της προδιαγραφής «ΤΥΠΟΣ ΜΕΜΒΡΑΝΗΣ» των ζητούμενων ειδών μεμβράνη των φίλτρων πολυαιθερικής σουλφόνης, για τα είδη με α/α 6, 7 της Κατηγορίας Α2, τύπου ..., με α/α 8, 9 της Κατηγορίας Α2, τύπου Vitasulfone, με α/α 10, 11 της Κατηγορίας Α2, επικαλυμμένη με vit. E, με α/α 12 και 13 πολυθυλμεθακρυλικό μεθύλιο (PPM) της Κατηγορίας Α2 και με α/α 1, 2 της Κατηγορίας Β2, αιθυλεν-βινυλ-αλκοόλη (EVAL) 3, 4 της Κατηγορίας Β2, πολυθυλμεθακρυλικό μεθύλιο (PPM), 5 έως 8



της Κατηγορίας B2, μεμβράνη πολυσουλφόνης, 9, 10 της Κατηγορίας B2, τύπου ..., 11 και 12 της Κατηγορίας B2, τύπου Vitasulfone, στον βαθμό που τίθενται για αυτές πρόσθετες ειδικές προδιαγραφές, πέραν των προβλεπόμενων, βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, είναι παράνομη. Ειδικότερα, κρίνεται παράνομη η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών, προσθέτων των περιλαμβανόμενων στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως εν προκειμένω στο πρότυπο EN ISO 8637, το οποίο αποτελεί και το εθνικό πρότυπο, εφόσον ως κριτήριο ανάθεσης έχει επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή, αυτό της χαμηλότερης τιμής, ήτοι της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων προϊόντων και το οποίο κριτήριο προσιδιάζει και επιλέγεται σε περιπτώσεις, όπως η προκειμένη, όπου τα προσφερόμενα είδη είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν παρεμφερή και, επί της ουσίας, διαφοροποιούνται μόνο στην τιμή. Πολλώ δε μάλλον, αφ' ης στιγμής, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 87/2017) ότι το Ευρωπαϊκό Πρότυπο τεχνικών προδιαγραφών EN ISO 8637, δυνάμει του οποίου χορηγείται η σήμανση CE στα φίλτρα, ουδόλως απαιτεί οι μεμβράνες των φίλτρων να έχουν μια συγκεκριμένη χημική σύσταση, ούτε, πολύ περισσότερο, προκρίνει έναν συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης έναντι κάποιου άλλου, ο τύπος της συνθετικής μεμβράνης των υπό προμήθεια ειδών, θα έπρεπε να εναπόκειται στην επιλογή του προμηθευτή. Στην περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή, έκρινε ότι ένα προϊόν, καίτοι φέρει τη σήμανση CE και συμφωνεί με εγκεκριμένα πρότυπα προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, εντούτοις κρίνεται επικίνδυνο για τη δημόσια υγεία, δεν θα μπορούσε κατ' αρχήν να αποκλείσει, το εν λόγω προϊόν, λόγω ακριβώς της ύπαρξης της σήμανσης CE, θα ήταν όμως υποχρεωμένη να κινήσει τη καθοριζόμενη από το άρθρο 8 της Κ.Υ.Α. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 (άρθρο 8 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ) ρήτρα (διαδικασία) διασφάλισης ενώπιον του Ε.Ο.Φ., κατά τα αναλυτικά εκτιθέμενα ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, γεγονός που παρέλειψε να πράξει η αναθέτουσα αρχή, παρόλο που επικαλείται ισχυρισμούς που άπτονται της δημόσιας υγείας προς θεμελίωση των απόψεων της. Ενόψει αυτών, ο

ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι η απαίτηση αυτή, τέθηκε με στόχο τη διασφάλιση και την παροχή ασφαλούς αιμοκάθαρσης στους ασθενείς του νομού του νοσοκομείου, αποφεύγοντας προηγούμενες καταγγελίες ασθενών για κακής ποιότητας φίλτρων αιμοκάθαρσης (βλέπε διαμαρτυρία 14.10.2014 ασθενών Θεσσαλονίκης), κρίνεται απορριπτός ως αβάσιμος (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 1654/2011 επτ., 491/2012).

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

29. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 31-33, υπό «7. Η απαίτηση για συγκεκριμένο τρόπο αποστείρωσης», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης έχουν τεθεί παράνομα και συνεπώς είναι ακυρωτές, καθώς η εν λόγω απαίτηση βάλλει ευθέως κατά της σήμανσης των προσφερόμενων από αυτήν προϊόντων με σήμανση CE, καθώς στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα δεν γίνεται ουδεμία απολύτως μνεία στον τύπο της αποστείρωσης, αλλά απλά απαιτείται να υπάρχει αποστείρωση με έναν (όχι περισσότερους) από τους εγκεκριμένους τρόπους αποστείρωσης, στους οποίους περιλαμβάνεται και η

αποστείρωση με ακτινοβολία γ', την οποία διαθέτουν τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα είδη. Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, αναφέρει τα αναλυτικώς εκτιθέμενα ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, στην οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Όπως πρόσφατα έγινε δεκτό από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1263/2019) η απαίτηση για συγκεκριμένη μόνο μέθοδο αποστείρωσης των προς προμήθεια φίλτρων συνιστά πρόσθετη ειδική προδιαγραφή πέραν των προβλεπομένων βάσει του εγκεκριμένου προτύπου των προς προμήθεια ειδών, στο οποίο η διακήρυξη παραπέμπει, η οποία τέθηκε ως υποχρεωτική στον διαγωνισμό, παρόλο που κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίζεται η χαμηλότερη τιμή, και, ως εκ τούτου, τέθηκε κατά παράβαση των προεκτεθεισών διατάξεων του Ν. 4412/2016 και της ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/30-9-2009, καθώς αποκλείει από τον διαγωνισμό είδη φίλτρων που καίτοι φέρουν σήμανση CE, συνεπώς πιστοποιείται ότι καλύπτουν τις βασικές προδιαγραφές του εγκεκριμένου προτύπου για την επίθεση της σήμανσης CE, δεν διαθέτουν τον αναφερόμενο τύπο αποστείρωσης .... Και τούτο, μολονότι από τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι τα προσφερόμενα είδη πρέπει να φέρουν σήμανση CE, κατά τα ανωτέρω, και δεν προκύπτει, ούτε η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, ούτε αποδεικνύει το αντίθετο, ότι για την θέση της σήμανσης CE στα ζητούμενα φίλτρα απαιτείται η αποστείρωσή τους να πραγματοποιείται αντίστοιχα μόνο με τη μέθοδο ..., ούτε ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε τις απαιτήσεις για την επίθεση της σήμανσης CE των υπό προμήθεια φίλτρων υπό διερεύνηση, ενημερώνοντας σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό (Ε.Ο.Φ.) προκειμένου να κινηθεί και ολοκληρωθεί η οικεία διαδικασία διασφάλισης (πρβλ. Σ.τ.Ε. 1654/2011 επτ., 491/2012), λόγω κινδύνων στην ασφάλεια των ασθενών από την μέθοδο αποστείρωσης των υπό προμήθεια φίλτρων με άλλες μεθόδους αποστείρωσης εκτός του αναφερόμενου τύπου .... Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι η θέση της επιπρόσθετης αυτής απαίτησης, μπορεί να θεωρηθεί ότι νομίμως τέθηκε, καίτοι αποκλείονται φίλτρα που φέρουν σήμανση CE και συμφωνούν με εγκεκριμένα πρότυπα προδιαγραφών των προς προμήθεια ειδών, αλλά δεν διαθέτουν αυτή τη μέθοδο αποστείρωσης, λαμβανομένου

υπόψη ότι δεν αιτιολογείται επαρκώς στα έγγραφα της σύμβασης ότι ο αποκλεισμός άλλων μεθόδων αποστείρωσης είναι αναγκαίος και αναλογικός για τους σκοπούς της δημοπρατούμενης προμήθειας, μη νόμιμα δεν συνοδεύεται τουλάχιστον από τον όρο «ή ισοδύναμο», κατά την έννοια που εκτέθηκε ήδη ανωτέρω στις σκέψεις 25-26 της παρούσας. Κατά συνέπεια, από τα υπό προμήθεια φίλτρα αναιτιολόγητα αποκλείεται ισοδύναμη μέθοδος αποστείρωσης της μεθόδου ... κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και αντίστοιχα κρίνονται απορριπτέοι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

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

31. 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. 9539/2019 Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων πεντακοσίων δώδεκα ευρώ και ενενήντα τριών λεπτών (1,512,93 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 13 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Ελένη Χούλη**