

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια, δυνάμει της με αρ. 30/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου, και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 02/02-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Λακωνίας-Νοσηλευτική Μονάδα Σπάρτης που εδρεύει στη Σπάρτη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Νοσοκομείο» ή «ΑΑ»), και κατά όρων της με αριθ. 45/2018 (με αριθμ. πρωτ. Φ/Λ/17/ 14104 / 17 -12-2018) Διακήρυξης για τη διενέργεια ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΜΟΣΧΕΥΜΑΤΩΝ (ΠΛΕΓΜΑΤΩΝ)» ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΛΑΚΩΝΙΑΣ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΣΠΑΡΤΗΣ & ΜΟΛΑΩΝ (CPV : 33184100-4), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Οι προσφορές υποβάλλονται για όλα ή για μεμονωμένα είδη. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος, ενώ το Νοσοκομείο διατηρεί το δικαίωμα να παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή του απόφαση πριν από τη λήξη αυτής, για ένα (1) έτος, με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

σύμβασης. Για τη Ν. Μ. Σπάρτης η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 170.607,40€ με Φ.Π.Α. 13%. Ειδικότερα: για ένα (1) έτος 85.303,70€ με Φ.Π.Α και με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους 85.303,70€ με Φ.Π.Α. Για τη Ν. Μ. Μολάων η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 33.606,20€ με Φ.Π.Α. 13%. Ειδικότερα: για ένα (1) έτος 16.803,10€ με Φ.Π.Α και με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους 16.803,10€ με Φ.Π.Α. Συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη για ένα έτος και με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους και για τις δύο Νοσηλευτικές Μονάδες: 204.213,606 με Φ.Π.Α. 13%.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη..... , επί της οδού και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «.....» ή «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»), ο οποίος επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. 45/2018 (με αριθμ. πρωτ. Φ/Λ/17/ 14104 / 17 -12-2018) Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια «ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΜΟΣΧΕΥΜΑΤΩΝ (ΠΛΕΓΜΑΤΩΝ)» ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΛΑΚΩΝΙΑΣ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΣΠΑΡΤΗΣ & ΜΟΛΑΩΝ (CPV : 33184100-4), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης για ένα έτος και με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους και για τις δύο Νοσηλευτικές Μονάδες (Ν. Μ. Σπάρτης και Ν.Μ. Μολάων) ποσού 204.213,606€ με Φ.Π.Α. 13%. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ 18PROC004227187 2018-12-19 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

στις 19.12.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 67273. Οι προσφορές υποβάλλονται για όλα ή για μεμονωμένα είδη.

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών της με αριθμό 45/18 διακήρυξης επικαλούμενη ότι οι προσβαλλόμενοι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης παραβιάζουν τις διατάξεις του άρθρου 54 παρ. 2 έως 6 του Ν. 4412/2016, τέθηκαν κατά παράβαση των κείμενων διατάξεων του Εθνικού και Ευρωπαϊκού δικαίου περί Δημοσίων Συμβάσεων καθώς και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαγωνιστική διαδικασία, της διαφάνειας, και της αναλογικότητας αλλά και κατά παραβίαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και η ίδια θίγεται και ζημιούται εφόσον συμμετέχει νόμιμα στον εν λόγω διαγωνισμό και ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές, κατά το σκεπτικό της προσφυγής της, θέτουν αδικαιολόγητους και μη νόμιμους περιορισμούς στη συμμετοχή της σ' αυτόν και στα προϊόντα που αντιπροσωπεύει, καθόσον με αυτούς προσδιορίζονται συγκεκριμένα προϊόντα και κατά συνέπεια ευνοούνται οι επιχειρήσεις που αντιπροσωπεύουν τα προϊόντα αυτά στην Ελλάδα, δεν εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στον υπό κρίση διαγωνισμό και νοθεύονται οι αρχές του υγιούς ανταγωνισμού. Με την προσφυγή της αιτείται την μερική ακύρωση/άλλως τροποποίηση της Διακήρυξης ως προς τους όρους που πλήττονται δια της παρούσας.

3. Επειδή, κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 το παράβολο υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και άνευ του δικαιώματος προαίρεσης, εν προκειμένω ποσού 88.832,916€ (102.106,8 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Ο προσφεύγων, όμως, κατέβαλε και πλήρωσε παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 250128839959 0301 0071), ποσού 1.021,07€, το οποίο υπολογίστηκε λανθασμένα με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης αφενός συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, αφετέρου έχοντας συνυπολογίσει στη δαπάνη και το προβλεπόμενο από τη σύμβαση δικαίωμα προαίρεσης (παράταση ενός

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

έτους). Εντούτοις, για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθορισθεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017). Κατ' ακολουθίαν στο βαθμό που το ύψος του ποσού του παραβόλου υπολογίστηκε με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 204.213,60€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. καθώς και δικαιώματος προαίρεσης και καταβλήθηκε παράβολο ποσού 1.021,07€, αντί του ορθού που θα έπρεπε να υπολογιστεί σύμφωνα με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 88.832,916€ χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς να συμπεριλαμβάνει το δικαίωμα προαίρεσης ($88.832,916 \times 0,5\% = 444,2\text{€}$) και που δεν μπορεί να είναι εν προκειμένω κατώτερο από το ελάχιστο προβλεπόμενο παράβολο (ποσού 600,00€), θα πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το ποσό των $(1.021,07 - 600,00) = 421,07\text{€}$.

4. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 88.832,916€ άνευ του ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (19.12.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της στις 02.01.2019, ήτοι μία ημέρα πριν εκπνεύσει το δεκαπενθήμερο από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 02.01.2019.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί με έννομο συμφέρον την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή, καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο προμηθεύοντας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, έχει συμμετάσχει, κατά δήλωσή της, στο στάδιο της διαβούλευσης επί της συγκεκριμένης διακήρυξης, γεγονός που αποδεικνύει ότι έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον να συμμετάσχει στον επίμαχο Διαγωνισμό και να προσφέρει για τα προσβαλλόμενα είδη της διακήρυξης τα προϊόντα της, πλην όμως, κατά τους ισχυρισμούς της, οι προσβαλλόμενοι με την παρούσα όροι τεχνικών προδιαγραφών οδηγούν σε μη ισότιμη μεταχείριση των συμμετεχόντων και καταστράτηγηση των διατάξεων του Ν.4412/2016 που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς θέτοντας αδικαιολόγητους και μη νόμιμους περιορισμούς.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017, η παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....» εμπροθέσμως κατέθεσε στις 11/01/2019 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), την από 10.01.2018 παρέμβαση της, αφού η προδικαστική προσφυγή της κοινοποιήθηκε με διαβιβαστικό της αναθέτουσας αρχής την 02-01-2019, σκοπεί δε στην απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και στη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της υπό εξέταση

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

Προδικαστικής Προσφυγής, ως δραστηριοποιούμενη στο χώρο της υγείας και ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στο διαγωνισμό κατά δήλωσή της, επιδιώκει δε την απόκρουση των σε βάρος της ισχυρισμών της προσφεύγουσας και την απρόσκοπτη συνέχεια του εν λόγω Διαγωνισμού.

9. Επειδή, επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

12. Επειδή, ο ισχύων, πλέον, ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α΄147), ορίζει στο άρθρο 18 παρ. 1 ότι: «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 αιεφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 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. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]» και στο άρθρο 54 ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές [...] παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.... 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, συμπεριλαμβανομένων των

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, 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 και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο» [...] 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 ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα [...].».

13. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018).

14. Επειδή, επομένως, ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό, του οποίου, όμως, η συμμετοχή καθίσταται αδύνατη ή ουσιαδώς δυσχερής, γιατί τα προϊόντα του δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακηρύξεως, απαραδέκτως, κατ' αρχάς, αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους (ΣτΕ 3719/2011, βλ. Ε.Α. ΣτΕ 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ειδικότερα, λόγοι προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (Ε.Α. ΣτΕ 1025/2010, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΑΕΠΠ 206/2017, 39/2018, 345/2018, 347/2018, 385/2018).

15. Επειδή, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει. Επειδή, πρέπει να τονισθεί, σχετικώς, ότι τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (Ε.Α. ΣΤΕ 1025, 836/2010, 829, 201/2007). Εξάλλου, δεν θεωρούνται ως φωτογραφικές οι τεχνικές προδιαγραφές, στις περιπτώσεις εκείνες που, τελικώς, συμμετέχει στο διαγωνισμό ικανός αριθμός προσφερόντων, γιατί, μετά από μία ευρεία συμμετοχή, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού (ΣΤΕ 214,215/2011).

16. Επειδή, με την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών που τίθενται στους όρους α/α 3, 4 ΝΜ Σπάρτης και α/α 15, 16 ΝΜ Μολάων, όπου ζητείται: «Σετ αυτοκαθλούμενου κώνου και προσχεδιασμένου πλέγματος 12x08 cm, δίχως ανάγκη καθήλωσης από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, δισδιάστατα με ανατομική ελλειπτική σχεδίαση και κλείσιμο σχισμής με σύστημα αυτόματης συγκόλλησης διαμέτρου: 6 και 8cm». Κατά τους ισχυρισμούς της η ανωτέρω περιγραφή προσδιορίζει το πλέγμα PARIETEX PLUG & PATCH του οίκου COVIDIEN που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικά χαρακτηριστικά «μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, δισδιάστατα με ανατομική ελλειπτική σχεδίαση και κλείσιμο σχισμής με σύστημα αυτόματης συγκόλλησης» χωρίς να αναφέρονται πουθενά συγκεκριμένες ενδείξεις, χρήση ή κάποια προτεινόμενη τεχνική για την οποία προορίζεται το προϊόν, ώστε να τεκμηριώνεται επιστημονικά ότι το συγκεκριμένο χαρακτηριστικό του προϊόντος όπως περιγράφεται επηρεάζει την δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του. Επικαλείται ότι στην αγορά διατίθενται πληθώρα διαφορετικών σετ προσχηματισμένου πλέγματος και κώνου αραιής πλέξης ή/και χαμηλού βάρους με «ενσωματωμένο σύστημα καθήλωσης» (εξυπηρετούν επομένως την απαίτηση: «δίχως ανάγκη καθήλωσης») και κατασκευασμένα από κλινικώς αποδεδειγμένα βιοσυμβατά υλικά όπως το πολυπροπυλένιο και αυτοκολλώδης γέλη που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους που ζητείται στην παράγραφο 2. Ενδεικτικά αναφέρει ότι η εταιρεία της διαθέτει πλέγματα που θα μπορούσαν να προσφέρουν μόνο εφόσον η Διακήρυξη προέβλεπε μία ευρύτερη περιγραφή που θα έδινε σε όλες τις εταιρείες που διαθέτουν παρόμοια προϊόντα την ευκαιρία να προσφέρουν, όπως: «Σετ κώνου και προσχηματισμένου διαστάσεων περίπου 6X13 πλέγματος και από πολυεστέρα ή πολυπροπυλένιο αραιής πλέξης με δυνατότητα καθήλωσης χωρίς ράμματα. Διαστάσεις LARGE, EXTRA LARGE», που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους. Περαιτέρω, αναφέρει ότι στους όρους με α/α 5, 6 ΝΜ Σπάρτης και α/α 17, 18 ΝΜ Μολάων ζητείται: «Πλέγμα αυτοεκπτυσσόμενο για ενδοπεριτοναϊκή αποκατάσταση ομφαλοκήλης, αποτελούμενο από μία πλευρά από αντισυμφυτικό φιλμ

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

υδρόφιλου κολλαγόνου που εκτείνεται 5mm (+-1)περιμετρικά του πλέγματος για αποφυγή συμφύσεων και από την άλλη πλευρά από τρισδιάστατο μονόκλωνο πολυεστέρα μεγάλων πόρων, με ενσωματωμένο απορροφήσιμο δακτύλιο έκπτυξης από PGLA, τέσσερα πτερύγια καθήλωσης και 2 αφαιρούμενες λαβές για την υποβοήθηση τοποθέτησης ενωμένες 6.6cm διάμετρος, 8.6cm διάμετρος.» Η ανωτέρω προδιαγραφή, κατά τους ισχυρισμούς της, προσδιορίζει το πλέγμα PARIETEX COMPOSITE VENTRAL PATCH του οίκου COVIDIEN που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικά χαρακτηριστικά *«αντισυμφυτικό φιλμ υδρόφιλου κολλαγόνου που εκτείνεται 5mm περιμετρικά του πλέγματος για αποφυγή συμφύσεων και από την άλλη πλευρά από τρισδιάστατο μονόκλωνο πολυεστέρα μεγάλων πόρων, με ενσωματωμένο απορροφήσιμο δακτύλιο έκπτυξης από PGLA, τέσσερα πτερύγια καθήλωσης και 2 αφαιρούμενες λαβές για την υποβοήθησή τοποθέτησης ενωμένες»*, χωρίς να αναφέρονται πουθενά συγκεκριμένες ενδείξεις, χρήση ή κάποια προτεινόμενη τεχνική για την οποία προορίζεται το προϊόν, ώστε να τεκμηριώνεται επιστημονικά ότι το συγκεκριμένο χαρακτηριστικό του προϊόντος όπως περιγράφεται επηρεάζει την δυνατότητα ή την αποτελεσματικότητα της χρήσης του. Στην αγορά διατίθενται πληθώρα διαφορετικών αυτοεκπυσσόμενων πλεγμάτων για ενδοπεριτοναϊκή αποκατάσταση ομφαλοκήλης αραιής πλέξης ή/και χαμηλού βάρους κατασκευασμένα από κλινικώς αποδεδειγμένα βιοσυμβατά υλικά όπως υδρογέλη και μονόκλωνο πολυπροπυλένιο, με ενσωματωμένο σύστημα έκπτυξης (απορροφήσιμο δακτύλιο) και βοηθητικά άκρα για την εύκολη τοποθέτηση και καθήλωση του που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους που ζητείται στην παράγραφο 3. Ενδεικτικά αναφέρει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία διαθέτει πλέγματα που θα μπορούσε να προσφέρει μόνο εφόσον η Διακήρυξη προέβλεπε μία ευρύτερη περιγραφή που θα έδινε σε όλες τις εταιρείες που διαθέτουν παρόμοια προϊόντα την ευκαιρία να προσφέρουν, όπως: «Πλέγμα αυτοεκπυσσόμενο για ενδοπεριτοναϊκή

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

αποκατάσταση ομφαλοκοιλίας, αποτελούμενο από μία πλευρά από υδρόφιλο απορροφήσιμο αντισυμφωμφητικό φιλμ που παρέχει την δυνατότητα κάλυψης του πλέγματος περιμετρικά και από την άλλη πλευρά από μονόκλωνο πολυπροπυλένιο ή πολυεστέρα, με ενσωματωμένο απορροφήσιμο δακτύλιο έκπτυξης, τσέπη καθήλωσης και βοηθητικά άκρα τοποθέτησης. Διάσταση περίπου: 6.6cm διάμετρος, 8.6cm διάμετρος» που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους. Περαιτέρω, με την ίδια ως άνω αιτιολογία, η προσφεύγουσα αμφισβητεί περαιτέρω τη νομιμότητα των όρων με α/α 7,8 και 9 ΝΜ Σπάρτης και α/α 19 ΝΜ Μολάων και αναφέρει τα προϊόντα που εκείνη θα μπορούσε να προσφέρει, όπως αντιστοίχως προτείνει προϊόντα που θα μπορούσε να προσφέρει ως ισοδύναμα των προϊόντων με α/α 10, 11 ΝΜ Σπάρτης, τη νομιμότητα των τιθέμενων προδιαγραφών επίσης αμφισβητεί.

17. Επειδή, με το με αρ. πρωτ.: Φ/Γ/4/113 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής. Στο εν λόγω έγγραφο αναφέρει τα εξής: «Α. ...Το Νοσοκομείο, ως αναθέτουσα αρχή, είναι κατ' αρχήν ελεύθερο να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. ΣτΕ ΕΑ 303/2007, 977/2006), η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 1024/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Β. Σχετικά με τον ισχυρισμό της εταιρείας Bard για τις τεχνικές προδιαγραφές: Το ιδανικό

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

πλέγμα θα πρέπει να προάγει την γρήγορη ανάπτυξη ιστού χωρίς ίνωση που οδηγεί σε ενοχλήσεις, πόνους και συμφύσεις με γειτονικά ευγενή όργανα. Οι παράγοντες συμβατότητας του πλέγματος με τον ανθρώπινο οργανισμό έχουν να κάνουν με τη χημική σύνθεση του πλέγματος, τις ιδιότητες της επιφάνειάς του, την ιδιότητα του ως υδροφοβικό ή υδρόφιλο, την πορώδη υφή του και τις ιδιότητες κατασκευής του. Τα υλικά κατασκευής πλεγμάτων για την ενίσχυση του κοιλιακού τοιχώματος χωρίζονται σε : Απορροφήσιμα, από Πολυγλυκολικό οξύ και Πολυλακτικό οξύ και σε Μη απορροφήσιμα από Polyethylene terephthalat (PET) Polyester, Πολυπροπυλένιο (PP) και Πολυτετραφλουοροεθυλένιο (PTFE). Η βέλτιστη ενσωμάτωση του ιστού στο πλέγμα είναι ο παράγοντας με τη μεγαλύτερη σημασία για μία επιτυχημένη μετεγχειρητική πορεία. Ο πολυεστέρας είναι ίσως το πιο βιοσυμβατό υλικό χωρίς καμία συρρίκνωση και χωρίς σημάδια ίνωσης σε σχέση με το Πολυπροπυλένιο και το Πολυτετραφλουοροεθυλένιο (PTFE). Έχει ελάχιστη μνήμη κι ελαστικότητα. Κάνει γρηγορότερη και πληρέστερη ανάπτυξη ιστού. Δεν είναι τυχαίο ότι σε επεμβάσεις όπου απαιτείται τοποθέτηση μοσχεύματος ή αντικατάσταση βαλβίδων στην καρδιά χρησιμοποιούνται υλικά από πολυεστέρα. Συγκεκριμένα για το A/A 3, 4 NM ΣΠΑΡΤΗΣ και 15, 16 NM ΜΟΛΑΩΝ: Το ζητούμενο πλέγμα πολυεστέρα είναι μεικτό με πολυλακτικό οξύ, δηλαδή ημιαπορροφήσιμο, το συγκεκριμένο εκτός από τα οφέλη του πολυεστέρα που προαναφέραμε έχει και το όφελος ότι μετά την απορρόφηση του πολυλακτικού οξέως μένει λιγότερο υλικό στον ασθενή με αποτέλεσμα λιγότερη όχληση μετεγχειρητικά. Επίσης, λόγω του ότι έχει τα άγκιστρα του πολυλακτικού οξέως δεν απαιτεί καθήλωση με ράμματα ή καθηλωτικά, προσφέρει λιγότερο χρόνο χειρουργείου και δεν κολλάει στα γάντια του χειρουργού. Τέλος, επειδή καθλώνεται χωρίς ράμμα σε όλη του την επιφάνεια μειώνει τις πιθανότητες για υποτροπή και παράλληλα το χρόνιο πόνο στον ασθενή και το κάνει ιδανικό για ασθενείς μικρούς σε ηλικία, αθλητές, ασθενείς με βαριά επαγγέλματα όπως οικοδόμους, αγρότες και ιδιαίτερα για υποτροπιασμένους ασθενείς. Όσον αφορά την πρόταση της εταιρείας Bard να προστεθεί το υλικό πολυπροπυλένιο στην προδιαγραφή,

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

ήδη στους α/α 1 και 2 ζητούνται πλέγματα πολυπροπυλενίου σε μεγάλη ποσότητα όπου η εταιρία βεβαίως δύναται να συμμετέχει με προσφορά των ειδών που διαθέτει. Για τους Α/Α 5, 6 ΝΜ ΣΠΑΡΤΗΣ και 17, 18 ΝΜ ΜΟΛΑΩΝ: Το ζητούμενο πλέγμα πολυεστέρα είναι μεικτό με αντισυμφητικό φιλμ υδρόφιλου κολλαγόνου. Το συγκεκριμένο εκτός από τα οφέλη του πολυεστέρα που προαναφέραμε έχει και το όφελος ότι το αντισυμφητικό φιλμ με μείγμα κολλαγόνου εξασφαλίζει την βιοσυμβατότητα /φιλικότητα της αντισυμφητικής μεμβράνης λόγω του ότι η πρωτεΐνη που υπάρχει στον ανθρώπινο οργανισμό σε μεγαλύτερη ποσότητα είναι το κολλαγόνο. Επίσης, τα 4 σημεία καθήλωσης διασφαλίζουν ασφάλεια όσον αφορά την μετακίνηση ή υποτροπή. Η προτεινόμενη προδιαγραφή από την εταιρεία Bard δεν διευκρινίζει με ποιον τρόπο και σε ποιο σημείο της προδιαγραφής το πλέγμα που προτείνει θα έχει καλύτερα αποτελέσματα από την προδιαγραφή που έχει το Νοσοκομείο. Για τους Α/Α 7, 8 ΝΜ ΣΠΑΡΤΗΣ και 19 ΝΜ ΜΟΛΑΩΝ: Το ζητούμενο πλέγμα πολυεστέρα είναι μεικτό με απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από χοίρειο κολλαγόνο και γλυκερόλη για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση. Το συγκεκριμένο είναι πλέγμα πολυεστέρα, ο οποίος είναι το πιο βιοσυμβατό υλικό χωρίς καμία συρρίκνωση και χωρίς σημάδια ίνωσης σε σχέση με το πολυπροπυλένιο. Έχει ελάχιστη μνήμη κι ελαστικότητα. Κάνει γρηγορότερη και πληρέστερη ανάπτυξη ιστού. Επιπλέον, το αντισυμφητικό φιλμ με μείγμα κολλαγόνου εξασφαλίζει την βιοσυμβατότητα /φιλικότητα της αντισυμφητικής μεμβράνης και λόγω του ότι ως ανεφέρθη η πρωτεΐνη που υπάρχει στον ανθρώπινο οργανισμό σε μεγαλύτερη ποσότητα είναι το κολλαγόνο. Η προτεινόμενη προδιαγραφή από την εταιρεία Bard δεν διευκρινίζει με ποιον τρόπο και σε ποιο σημείο της προδιαγραφής το πλέγμα που προτείνει θα έχει καλύτερα αποτελέσματα από την προδιαγραφή που έχει το Νοσοκομείο. Στον Α/Α 9 ΝΜ ΣΠΑΡΤΗΣ: Το ζητούμενο πλέγμα πολυεστέρα είναι μεικτό με πολυλακτικό οξύ δηλαδή ημιαπορροφήσιμο, το συγκεκριμένο εκτός από τα οφέλη του πολυεστέρα που προαναφέραμε έχει και το όφελος ότι μετά την απορρόφηση του πολυλακτικού οξέως μένει λιγότερο υλικό στον ασθενή με αποτέλεσμα λιγότερη όχληση. Επίσης, λόγω του ότι έχει τα

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

άγκιστρα του πολυκαλακτικού οξέως δεν απαιτεί καθήλωση προσφέρει λιγότερο χρόνο χειρουργείου και δεν κολλάει στα γάντια του χειρουργού. Τέλος, επειδή καθλώνεται χωρίς ράμμα σε όλη του την επιφάνεια μειώνει τις πιθανότητες για υποτροπή και παράλληλα το χρόνιο πόνο στον ασθενή και το κάνει ιδανικό για ασθενείς μικρούς σε ηλικία, αθλητές, ασθενείς με βαριά επαγγέλματα όπως οικοδόμους, αγρότες και ιδιαίτερα για υποτροπιασμένους ασθενείς. Επίσης είναι ένα πλέγμα το οποίο χρησιμοποιείται και σε τεχνικές ONLAY αποκατάστασης ομφαλοκήλης αλλά και σε λαπαροσκοπικές τεχνικές αποκατάστασης βουβωνοκήλης, λόγω της ιδιότητάς του να καθλώνεται σε όλη την επιφάνεια του πλέγματος, αλλά και λόγω της ευκολίας χειρισμού του επιτρέπει επανατοποθέτηση κατά τη διάρκεια της επέμβασης. Όσο αφορά την πρόταση της εταιρίας Bard να προστεθεί το υλικό πολυπροπυλένιο στην προδιαγραφή, ήδη στον α/α 14 ζητούνται πλέγματα πολυπροπυλενίου στις ίδιες διαστάσεις που πιθανά διαθέτει η εταιρεία και δύναται να προσφέρει. Για τους A/A 10 και 11 ΝΜ ΣΠΑΡΤΗΣ: Το ζητούμενο πλέγμα πολυεστέρα είναι μεικτό με απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από χοίρειο κολλαγόνο και γλυκερόλη για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση. Το συγκεκριμένο είναι πλέγμα πολυεστέρα ο οποίος είναι το πιο βιοσυμβατό υλικό χωρίς καμία συρρίκνωση και χωρίς σημάδια ίνωσης σε σχέση με το πολυπροπυλένιο. Έχει ελάχιστη μνήμη, ελαστικότητα. Κάνει γρηγορότερη και πληρέστερη ανάπτυξη ιστού. Επιπλέον, το αντισυμφητικό φιλμ με μείγμα κολλαγόνου εξασφαλίζει την βιοσυμβατότητα /φιλικότητα της αντισυμφητικής μεμβράνης λόγω του ότι η πρωτεΐνη που υπάρχει στον ανθρώπινο οργανισμό σε μεγαλύτερη ποσότητα είναι το κολλαγόνο. Η προτεινόμενη προδιαγραφή από την εταιρία Bard δεν διευκρινίζει με ποιον τρόπο και σε ποιο σημείο της προδιαγραφής το πλέγμα που προτείνει θα έχει καλύτερα αποτελέσματα από την προδιαγραφή που έχει το Νοσοκομείο. Οι συγκεκριμένες προδιαγραφές έχουν προκύψει από Διαβούλευση. Κατά την μακροχρόνια χρήση δε των υλικών αυτών από τη Χειρουργική ομάδα του Νοσοκομείου μας έχουν αποδειχθεί ασφαλή με εξαιρετικά αποτελέσματα, χωρίς επιπλοκές και υποτροπές. Από τα ανωτέρω, αποδεικνύεται ότι η διακήρυξη του Νοσοκομείου μας είναι απολύτως νόμιμη

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της εταιρείας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Επισημαίνεται ότι κατά την υλοποίηση του προγράμματος ΠΠΥΦΥ 2014 ο αντίστοιχος διαγωνισμός με αρ. διακ:9/2016, (αρ. συστημ. ΕΣΗΔΗΣ: 23501 & ΑΔΑΜ: 16PROC004335983) είχε προκηρυχθεί με τις ίδιες τεχνικές προδιαγραφές, στον οποίο συμμετείχε & η εταιρεία, με ομαλή εξέλιξη του διαγωνισμού (χωρίς προδικαστικές προσφυγές) όπου αναδείχθηκαν ανάδοχοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα εταιρεία».

18. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με το ότι οι συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης, σύμφωνα με το σκεπτικό της προσφυγής της, φωτογραφίζουν προϊόντα της κατασκευάστριας εταιρείας «.....», η οποία αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την ίδια, επισημαίνει τα εξής: «[...] Γ. Ως προς τα είδη με α/α 3,4 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 15,16 για τη Ν.Μ. Μολάων *«Σετ αυτοκαθηλούμενου κώνου και προσχεδιασμένου πλέγματος 12x08 cm, δίχως ανάγκης καθήλωσης από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, δισδιάστατη με ανατομική ελλειπτική σχεδίαση και κλείσιμο σχισμής με σύστημα αυτόματης συγκόλλησης διαμέτρου 6 και 8 cm»*. [...] Η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι οι τιθέμενες προδιαγραφές για τα ως άνω πλέγματα έχουν τεθεί χωρίς να συντρέχει ειδικός και τεκμηριωμένος επιστημονικά λόγος για την ασφάλεια και την αναγκαιότητα αυτών, με μόνο σκοπό να εξυπηρετήσει τα συμφέροντα της εταιρείας μας. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας είναι η μόνη που αποκλειστικά διαθέτει το πλέγμα στο οποίο αναφέρονται ως ειδικά χαρακτηριστικά *«μονόκλωνος πολυεστέρας και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, δισδιάστατα με ανατομική ελλειπτική σχεδίαση και κλείσιμο σχισμής με σύστημα αυτόματης συγκόλλησης»*. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα *«Η ανωτέρω περιγραφή προσδιορίζει το πλέγμα PARIETEX PLUG & PATCH του οίκου Covidien που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία.....»*(...). Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εμποδίζουν τόσο αυτή όσο και άλλες εταιρείες να συμμετάσχουν και να

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

αναλάβουν την προμήθεια στο εν λόγω διαγωνισμό, καθώς μόνο η εταιρεία μας διαθέτει τα προκηρυσσόμενα προσχεδιασμένα πλέγματα από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ. Ωστόσο, δεν αναφέρει τίποτα περί του ποια άλλα προϊόντα συγκεκριμένα, πλην των προσφερόμενων από αυτή, και ποιες άλλες εταιρείες αποκλείονται έτσι ώστε να μην προκύπτει ότι αυτή απλώς επιδιώκει να προσαρμόσει τις προδιαγραφές στις δικές της ανάγκες, υπολαμβάνοντας προσχηματικά ως φωτογραφικές τις προδιαγραφές μόνον εκ του λόγου ότι η ίδια δεν εμπίπτει σε αυτές και δεν θα υποβάλει παραδεκτή προσφορά. Μάλιστα, η άποψη ότι η προσφεύγουσα δεν στοχεύει στην επίτευξη μιας ισότιμης μεταχείρισης, αλλά αντίθετα στην προσαρμογή των τεχνικών κριτηρίων στα χαρακτηριστικά των προϊόντων που η ίδια εμπορεύεται, ενισχύεται από το γεγονός ότι προβαίνει στη διατύπωση μιας εναλλακτικής τάχα «ευρύτερης» περιγραφής, η οποία προσιδιάζει τρομερά στα προϊόντα της. Αντίθετα με τους εν λόγω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, επισημαίνουμε ότι, στην αγορά φαρμακευτικών προϊόντων και ιατρικοτεχνολογικού εξοπλισμού υπάρχουν και άλλες εταιρείες που εμπορεύονται αντίστοιχα πλέγματα πολυεστέρα. Ενδεικτικά αναφέρουμε το προϊόν με την ονομασία MERSILENE® Polyester Fiber Suture, που παρασκευάζεται από την εταιρεία Ethicon και διατίθεται στην Ελλάδα από την εταιρεία Johnson & Johnson Ελλάς και είναι σύμφωνο προς τις προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης (<https://www.ethicon.conn/na/products/wound-closure/non-absorbable-sutures/mersilene-polvester-fiber-suture>). Δ. Ως προς τα είδη με α/α 5,6 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 17,18 για τη Ν.Μ. Μολάων «Πλέγμα αυτοεκπτυσσόμενο για ενδοπεριτοναϊκή αποκατάσταση ομφαλοκήλης, αποτελούμενο από μία πλευρά από αντισυμφυτικό φιλμ υδρόφιλου κολλαγόνου που εκτείνεται 5mm (+1) περιμετρικά του πλέγματος για αποφυγή συμφύσεων και από την άλλη πλευρά από τρισδιάστατο μονόκλωνο πολυεστέρα μεγάλων πόρων, με ενσωματωμένο απορροφήσιμο δακτύλιο έκπτυξης από PGLA, τέσσερα πτερύγια καθήλωσης και 2 αφαιρούμενες λαβές για την υποβοήθηση τοποθέτησης ενωμένες 6.6 cm διάμετρος, 8.6 cm

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

διάμετρος». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ως άνω περιγραφή των τεχνικών χαρακτηριστικών που απαιτούνται βάσει της Διακήρυξης, «προσδιορίζει το πλέγμα *PARIETEX COMPOSITE VENTRAL PATCH* του οίκου *COVIDIEN* που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικά χαρακτηριστικά «αντισυμφητικό φιλμ υδρόφιλου κολλαγόνου που εκτείνεται 5mm περιμετρικά του πλέγματος για αποφυγή συμφύσεων και από την άλλη πλευρά από τρισδιάστατο μονόκλωνο πολυεστέρα μεγάλων πόρων, με ενσωματωμένο απορροφήσιμο δακτύλιο έκπτυξης από *PGLA*, τέσσερα πτερύγια καθήλωσης και 2 αφαιρούμενες λαβές για την υποβοήθηση τοποθέτησης ενωμένες». Και σε αυτήν την περίπτωση η προσφεύγουσα προσπαθεί με ψευδείς ισχυρισμούς να δημιουργήσει την εντύπωση ότι η διατύπωση της Διακήρυξης στοχεύει στον ευθύ προσδιορισμό των προϊόντων που διαθέτει η εταιρεία μας και προσφέρει στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού. Σκοπίμως, όμως, παραγνωρίζει και αποκρύπτει το γεγονός ότι και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων που προσφέρουν πλέγματα από τρισδιάστατο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από κολλαγόνο, κι ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, αναφέρουμε τα προϊόντα του γαλλικού οίκου *Biom'ur*, όπως περιγράφονται στο συνημμένο φυλλάδιο. Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην Ελλάδα η εταιρεία..... Ε. Ως προς τα είδη με α/α 7,8 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 19 για τη Ν.Μ. Μολάων «*Τρισδιάστατο πλέγμα βάρους 88gr/m² διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από χοίριο κολλαγόνο και γλυκερόλης για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση, με τεχνικές ανοικτής χειρουργικής. Στην τοιχωματική πλευρά του πλέγματος να υπάρχει επιπρόσθετη λωρίδα πλέγματος που να λειτουργεί ως ζώνη καθήλωσης και αντισυμφητικής προστασίας των κεφαλών των κλιπ. Το αντισυμφητικό φιλμ να επεκτείνεται 5 mm περιμετρικά του πλέγματος. Σε διαστάσεις; 20 x 15, 25 x 20*». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

τίθενται για τα ως άνω προϊόντα «προσδιορίζουν το πλέγμα PARIETEX COMPOSITE OS του οίκου COVIDIEN που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικά χαρακτηριστικά «Τρισδιάστατο πλέγμα βάρους 88gr/m² διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από χοίριο κολλαγόνο και γλυκερόλης για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση, με τεχνικές ανοικτής χειρουργικής. Στην τοιχωματική πλευρά του πλέγματος να υπάρχει επιπρόσθετη λωρίδα πλέγματος που να λειτουργεί ως ζώνη καθήλωσης και αντισυμφητικής προστασίας των κεφαλών των κλιπ.» Σκοπίμως, όμως, παραγνωρίζει και αποκρύπτει το γεγονός ότι και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων προσφέρουν πλέγματα με αντίστοιχα χαρακτηριστικά και ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, αναφέρουμε τα προϊόντα του γαλλικού οίκου Biom'ur, όπως περιγράφονται στο συνημμένο φυλλάδιο. Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην Ελλάδα η εταιρεία..... ΣΤ) Ως προς τα είδη με α/α 9 για τη Ν.Μ. Σπάρτης «*Ημιαπορροφήσιμα πλέγματα, χωρίς ανάγκη καθήλωσης από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, σε διάσταση 15 χ 15*». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται για τα ως άνω προϊόντα «προσδιορίζουν το πλέγμα PPROGRIP του οίκου COVIDIEN που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικό χαρακτηριστικό χωρίς ανάγκη καθήλωσης από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ». Και στην προκειμένη περίπτωση επισημαίνουμε ότι πλέγματα από πολυεστέρα εμπορεύονται στην Ελλάδα και άλλες εταιρείες, όπως η Johnson & Johnson ΕΛΛΑΣ, η οποία, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, εμπορεύεται το προϊόν με την ονομασία MERSILENE® Polyester Fiber Suture, που παρασκευάζεται από την εταιρεία Ethicon. Ζ) Ως προς τα είδη με α/α 10,11 για τη Ν.Μ. Σπάρτης «*Τρισδιάστατο πλέγμα διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο*

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

αντισυμφητικό φιλμ από μείγμα: κολλαγόνου, γλυκόλης, πολυαιθυλενίου, γλυκερόλης για μετεγχειρητικές κήλες για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση σε διάσταση: 15 χ 20 cm, 10 X 15 cm». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται για τα ως άνω προϊόντα «προσδιορίζουν το πλέγμα PARIETEX COMPOSITE του οίκου COVIDIEN που αντιπροσωπεύεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία αναφέροντας ως ειδικά χαρακτηριστικά «Τρισδιάστατο πλέγμα διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από μείγμα: κολλαγόνου, γλυκόλης, πολυαιθυλενίου, γλυκερόλης». Σκοπίμως, όμως, παραγνωρίζει και αποκρύπτει το γεγονός ότι και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων προσφέρουν πλέγματα με αντίστοιχα χαρακτηριστικά και ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, αναφέρουμε τα προϊόντα του γαλλικού οίκου Biom'ur, όπως περιγράφονται στο συνημμένο φυλλάδιο. Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην Ελλάδα η εταιρεία..... Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα ψευδώς αναφέρει ότι η εταιρεία μας αντιπροσωπεύει αποκλειστικά τον οίκο Covidien στην Ελλάδα. Όπως είναι, επίσης, γνωστό, η έννοια της αποκλειστικότητας δεν υφίσταται στην αγορά. Οι παράλληλες εισαγωγές είναι τα προϊόντα που εισάγονται σε ένα κράτος μέλος από ένα άλλο και διατίθενται στην αγορά στο κράτος μέλος προορισμού, εκτός των επίσημων διαύλων του εξουσιοδοτημένου διανομέα ή του κατασκευαστή τους και δεν επιτρέπεται να παρακωλύονται από τις εθνικές αρχές. Συνεπώς, οι παράλληλες εισαγωγές είναι, κατά βάση, νόμιμες, διότι οι δεσμεύσεις που επιβάλλει ο παραγωγός στους διανομείς, και με τις οποίες επιδιώκεται η προστασία των δικτύων, αποτελούν για τους τρίτους *res inter alios acta*. Από τη στιγμή που το προϊόν βρίσκεται στα χέρια του τρίτου, ο τρίτος αυτός δεν οφείλει να μεριμνά για τα δεσμά του δικτύου και την προστασία του, αλλά μπορεί να εμπορευθεί το προϊόν ελεύθερα, ενόσω αυτή η ελευθερία δεν περιορίζεται εξ άλλων λόγων. Ως εκ τούτου, οποιαδήποτε εταιρεία θα μπορούσε να προσφέρει τα αντίστοιχα εργαλεία στον ως άνω Διαγωνισμό. Ο Διαγωνισμός είναι διεθνής, κάτι το

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

οποίο επιτρέπει τη συμμετοχή σε αυτόν από οποιαδήποτε εταιρεία διαθέτει εργαλεία τα οποία πληρούν τις εν λόγω προδιαγραφές, ενώ δεν αποδεικνύεται με κάποιο τρόπο ότι η εταιρεία μας είναι η μοναδική που μπορεί να προσφέρει το ζητούμενο είδος. Άλλωστε, είναι γνωστό ότι κάθε εταιρεία που το επιθυμεί και πληροί τις βασικές προϋποθέσεις που τίθενται εκ του νόμου αναφορικά με τις προμήθειες, έχει τη δυνατότητα να εισάγει και να διαθέτει ελεύθερα υλικά και προϊόντα οποιουδήποτε οίκου. Μάλιστα, στην Ελλάδα εταιρείες όπως η Metron Healthcare AEBE και η Saneco Surgical εμπορεύονται προϊόντα του οίκου Covidien στην Ελλάδα. Η εταιρεία μας, λοιπόν, αποδεδειγμένα δεν απολαμβάνει της αποκλειστικής αντιπροσώπευσης του οίκου Covidien στην ελληνική αγορά. Εξάλλου, το γεγονός ότι μία και μόνο εταιρεία δύναται σε μία δεδομένη χρονική στιγμή να ανταποκριθεί στις ειδικότερες απαιτήσεις μίας διακήρυξης δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου τινός ότι οι απαιτήσεις αυτές είναι φωτογραφικές. Νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων λοιπόν σε αυτή την περίπτωση, εφόσον κατά την τεχνική κρίση της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των Νοσοκομείων (ΑΕΠΠ 512/2018, *με περαιτέρω παραπομπές σε ΣτΕ 1105/2010 και 365/2007*). Επισημαίνουμε ότι αντίστοιχους με τους προβαλλόμενους εδώ ισχυρισμούς άλλης εταιρείας επί αντίστοιχων προϊόντων εξέτασε και απέρριψε η Αρχή Σας με την ΑΕΠΠ 985/2018 απόφασή της (Γ' Κλιμάκιο). Επιπλέον, σύμφωνα με τα υπ' αρ. πρωτ. 5519/15-11-2016 και 5609/23-11-2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας κάθε αναθέτουσα αρχή έχει πλέον την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της και από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της. Όμοια προβλέπονται και στο υπ' αρ. πρωτ. 4661/2016 έγγραφο της ΕΠΥ και όλα τα ανωτέρω έγιναν δεκτά από την Αρχή σας στην υπ' αρ. 512/2018 απόφαση. Ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι σε καμία περίπτωση οι απαιτήσεις που τίθενται για τα ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

προϊόντα αυτά δεν μπορούν να θεωρηθούν φωτογραφικές και ότι παραβιάζουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι».

19. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στην αγορά διατίθενται πληθώρα διαφορετικών σετ προσχηματισμένου πλέγματος και κώνου αραιής πλέξης ή/και χαμηλού βάρους με «ενσωματωμένο σύστημα καθήλωσης» (εξυπηρετούν επομένως την απαίτηση: «δίχως ανάγκη καθήλωσης») και κατασκευασμένα από κλινικώς αποδεδειγμένα βιοσυμβατά υλικά όπως το πολυπροπυλένιο και αυτοκολλώδης γέλη που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους που ζητείται στην παράγραφο 2., καθώς και ότι η εταιρεία τους δύναται να προσφέρει προϊόντα που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν με ισοδύναμα και πιθανώς καλύτερα αποτελέσματα αντί του συγκεκριμένου είδους, χωρίς ωστόσο να προβαίνει σε λεπτομερή προβολή των θετικών χαρακτηριστικών του προϊόντος της δεν αναιρεί τη χρησιμότητα των οικείων χαρακτηριστικών του υπό προμήθεια προϊόντος. Υπό την έννοια αυτή, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει κάποιον αποδεδειγμένο λόγο για τον οποίο ειδικώς αυτή καθαυτή η προσβληθείσα προδιαγραφή είναι ακατάλληλη, εσφαλμένη, μη χρηστική και αδικαιολόγητη. Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, και έγινε δεκτό ανωτέρω μια τεχνική προδιαγραφή δεν παύει να είναι σύλληψη για τον μόνο λόγο ότι αποκλείει το προϊόν ενός προμηθευτή, ούτε εξάλλου είναι δυνατόν να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός, ότι η αναθέτουσα όφειλε να μην θέσει τον οικείο όρο, προκειμένου να γίνει δεκτό το δικό της προϊόν διότι έχει άλλα χαρακτηριστικά που του προσδίδουν ίση αποτελεσματικότητα, επίκληση η οποία εξάλλου προβάλλεται αναπόδεικτα. Και τούτο, διότι υπό αυτή τη λογική δεν θα δύναντο να θεσπισθούν προδιαγραφές, αφού οποιοσδήποτε θα μπορούσε να επικαλεσθεί ισοδύναμο ή παρόμοιο αποτέλεσμα παρά τη μη τήρησή τους. Συνεπώς οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι καταρχήν εσφαλμένες, άρα ακατάλληλες και συνεπώς αδικαιολόγητες. Ενόψει τούτων, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αμφισβητεί τους ως άνω όρους της διακήρυξης, επιχειρώντας να προδιαγράψει, κατά τις

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

επαγγελματικές της ανάγκες, τις τεχνικές προδιαγραφές του υπό προμήθεια είδους, με κριτήρια διαφορετικά αυτών που η Διοίκηση, κατ' εκτίμηση των αναγκών της προσδιόρισε ως αναγκαία και η οποία, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 13 έχει τη διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους σύμφωνα με τις ανάγκες του Νοσοκομείου και σε συνδυασμό με τα αποτελέσματα χρήσης τους σε ασθενείς.

20. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί φωτογραφικών όρων Διακήρυξης λόγω του ότι τα τιθέμενα τεχνικά χαρακτηριστικά φωτογραφίζουν προϊόντα της κατασκευάστριας εταιρείας COVIDIEN, η οποία αντιπροσωπεύεται αποκλειστικά στην Ελλάδα από την παρεμβαίνουσα, απορρίπτεται ως αβάσιμος και τούτο διότι όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ως προς τα είδη με α/α 3,4 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 15,16 για τη Ν.Μ. Μολάων, στην αγορά φαρμακευτικών προϊόντων και ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού υπάρχουν και άλλες εταιρείες που εμπορεύονται αντίστοιχα πλέγματα πολυεστέρα. Ενδεικτικά αναφέρθηκε το προϊόν με την ονομασία MERSILENE® Polyester Fiber Suture, που παρασκευάζεται από την εταιρεία Ethicon και διατίθεται στην Ελλάδα από την εταιρεία Johnson & Johnson Ελλάς και είναι σύμφωνο προς τις προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης (<https://www.ethicon.com/na/products/wound-closure/non-absorbable-sutures/mersilene-polyester-fiber-suture>). Περαιτέρω, ως προς τα είδη με α/α 5,6 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 17,18 για τη Ν.Μ. Μολάων υπάρχουν και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων που προσφέρουν πλέγματα από τρισδιάστατο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από κολλαγόνο, κι ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, η παρεμβαίνουσα αναφέρει τα προϊόντα του γαλλικού οίκου Biom'up (όπως περιγράφονται σε συνημμένο φυλλάδιο). Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην Ελλάδα η εταιρεία..... . Ως προς τα είδη με α/α 7,8 για τη Ν.Μ. Σπάρτης και με α/α 19 για τη Ν.Μ. Μολάων («Τρισδιάστατο

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

πλέγμα βάρους 88gr/m² διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από χοίριο κολλαγόνο και γλυκερόλης για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση, με τεχνικές ανοικτής χειρουργικής. Στην τοιχωματική πλευρά του πλέγματος να υπάρχει επιπρόσθετη λωρίδα πλέγματος που να λειτουργεί ως ζώνη καθήλωσης και αντισυμφητικής προστασίας των κεφαλών των κλιπ. Το αντισυμφητικό φιλμ να επεκτείνεται 5 mm περιμετρικά του πλέγματος. Σε διαστάσεις; 20 χ 15, 25 χ 20»), και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων προσφέρουν πλέγματα με αντίστοιχα χαρακτηριστικά και ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, αναφέρονται από την παρεμβαίνουσα τα προϊόντα του γαλλικού οίκου Biom'up (περιγράφονται σε συνημμένο φυλλάδιο). Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην Ελλάδα η εταιρεία..... Ως προς τα είδη με α/α 9 για τη Ν.Μ. Σπάρτης («Ημιαπορροφήσιμα πλέγματα, χωρίς ανάγκη καθήλωσης από μονόκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμα άγκιστρα από πολυγαλακτικό οξύ, σε διάσταση 15 χ 15»), επισημαίνεται ότι πλέγματα από πολυεστέρα εμπορεύονται στην Ελλάδα και άλλες εταιρείες, όπως η Johnson & Johnson ΕΛΛΑΣ, η οποία, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, εμπορεύεται το προϊόν με την ονομασία MERSILENE® Polyester Fiber Suture, που παρασκευάζεται από την εταιρεία Ethicon. Ως προς τα είδη με α/α 10,11 για τη Ν.Μ. Σπάρτης («Τρισδιάστατο πλέγμα διπλής όψεως να αποτελείται από πολύκλωνο πολυεστέρα και απορροφήσιμο υδρόφιλο αντισυμφητικό φιλμ από μείγμα: κολλαγόνου, γλυκόλης, πολυαιθυλενίου, γλυκερόλης για μετεγχειρητικές κήλες για ενδοπεριτοναϊκή τοποθέτηση σε διάσταση: 15 χ 20 cm, 10 Χ 15 cm»), υπάρχουν και άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά ιατροφαρμακευτικών προϊόντων και προσφέρουν πλέγματα με αντίστοιχα χαρακτηριστικά και ως εκ τούτου θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για τα προϊόντα αυτά. Ενδεικτικά, αναφέρονται από την παρεμβαίνουσα τα προϊόντα του γαλλικού οίκου Biom'up (όπως περιγράφονται σε συνημμένο φυλλάδιο). Τα εν λόγω προϊόντα διαθέτει στην

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

Ελλάδα η εταιρεία..... Πέραν των ως άνω, βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι η έννοια της αποκλειστικότητας δεν υφίσταται στην αγορά. Οι παράλληλες εισαγωγές είναι τα προϊόντα που εισάγονται σε ένα κράτος μέλος από ένα άλλο και διατίθενται στην αγορά στο κράτος μέλος προορισμού, εκτός των επίσημων διαύλων του εξουσιοδοτημένου διανομέα ή του κατασκευαστή τους και δεν επιτρέπεται να παρακωλύονται από τις εθνικές αρχές. Συνεπώς, οι παράλληλες εισαγωγές είναι, κατά βάση, νόμιμες, διότι οι δεσμεύσεις που επιβάλλει ο παραγωγός στους διανομείς, και με τις οποίες επιδιώκεται η προστασία των δικτύων, αποτελούν για τους τρίτους *res inter alios acta*. Από τη στιγμή που το προϊόν βρίσκεται στα χέρια του τρίτου, ο τρίτος αυτός δεν οφείλει να μεριμνά για τα δεσμά του δικτύου και την προστασία του, αλλά μπορεί να εμπορευθεί το προϊόν ελεύθερα, ενόσω αυτή η ελευθερία δεν περιορίζεται εξ άλλων λόγων. Ως εκ τούτου, οποιαδήποτε εταιρεία θα μπορούσε να προσφέρει τα αντίστοιχα εργαλεία στον ως άνω Διαγωνισμό. Ο Διαγωνισμός είναι διεθνής, κάτι το οποίο επιτρέπει τη συμμετοχή σε αυτόν από οποιαδήποτε εταιρεία διαθέτει εργαλεία τα οποία πληρούν τις εν λόγω προδιαγραφές, ενώ δεν αποδεικνύεται με κάποιο τρόπο ότι η εταιρεία της παρεμβαίνουσας είναι η μοναδική που μπορεί να προσφέρει το ζητούμενο είδος. Άλλωστε, είναι γνωστό ότι κάθε εταιρεία που το επιθυμεί και πληροί τις βασικές προϋποθέσεις που τίθενται εκ του νόμου αναφορικά με τις προμήθειες, έχει τη δυνατότητα να εισάγει και να διαθέτει ελεύθερα υλικά και προϊόντα οποιουδήποτε οίκου. Μάλιστα, εταιρείες όπως η Metron Healthcare AEBE και η Saneco Surgical, εμπορεύονται προϊόντα του οίκου Covidien στην Ελλάδα. Επομένως, η εταιρεία της παρεμβαίνουσας δεν αποδεικνύεται από την προσφεύγουσα ότι αποδεδειγμένα απολαμβάνει της αποκλειστικής αντιπροσώπευσης του οίκου Covidien στην ελληνική αγορά. Εξάλλου, το γεγονός ότι μία και μόνο εταιρεία δύναται σε μία δεδομένη χρονική στιγμή να ανταποκριθεί στις ειδικότερες απαιτήσεις μίας διακήρυξης δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου τινός ότι οι απαιτήσεις αυτές είναι φωτογραφικές. Νόμιμα περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων λοιπόν σε αυτή την περίπτωση, εφόσον κατά την τεχνική κρίση

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

της διοίκησης μόνο οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες των Νοσοκομείων (ΑΕΠΠ 512/2018, με περαιτέρω παραπομπές σε ΣΤΕ 1105/2010 και 365/2007). Επιπλέον, σύμφωνα με τα υπ' αρ. πρωτ. 5519/15-11-2016 και 5609/23-11-2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας κάθε αναθέτουσα αρχή έχει πλέον την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της και από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της. Όμοια προβλέπονται και στο υπ' αρ. πρωτ. 4661/2016 έγγραφο της ΕΠΥ. Η αναθέτουσα αρχή, άλλωστε, με τις απόψεις της αιτιολογεί επαρκώς ότι με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές περιγράφονται τα προϊόντα τα οποία πληρούν το σκοπό για τον οποίο ζητούνται (βλ. σκ.17). Άλλωστε, δεν χρησιμοποιούνται όλα τα εργαλεία στις ίδιες επεμβάσεις και δεν υπάρχει ένα εργαλείο που να κάνει για όλες τις επεμβάσεις και όλες τις χρήσεις. Ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

21. Επειδή, περαιτέρω, η επαναδιατύπωση των προσβαλλόμενων προδιαγραφών που προτείνει η προσφεύγουσα, εκτός του ότι απαραδέκτως επιχειρεί υπό την μορφή αμφισβήτησης να προδιαγράψει, με βάση τις δικές της εκτιμήσεις και ανάγκες, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αποδεικνύει ότι τα προϊόντα που δύνανται να προσφέρει η προσφεύγουσα έχουν άλλα ποιοτικά χαρακτηριστικά από αυτά που ικανοποιούν τις ανάγκες της αναθέτουσας, με αποτέλεσμα να αποκλείεται από τον διαγωνισμό. Εξάλλου, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία δεν αρκεί *per se* για να κριθεί ότι οι επίμαχες προδιαγραφές παραβιάζουν τον ελεύθερο ανταγωνισμό όταν η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει τεχνικές προδιαγραφές με τρόπο αντικειμενικό ώστε να καλύψει τις ανάγκες της, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 365/2007, ΕΑ 267/2008) και, όταν, παράλληλα, η θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών περιορίζει τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

προσώπων. Επιπλέον, η προσφεύγουσα αναφέρει όλως αορίστως και επομένως απαραδέκτως, ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και εμποδίζουν τη συμμετοχή της, όπως και τη συμμετοχή άλλων εταιρειών, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία χωρίς αφενός να αναφέρει τίποτα περί του ποια άλλα προϊόντα και ποιες άλλες εταιρείες αποκλείονται έτσι ώστε να μην προκύπτει ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί με τον τρόπο αυτό να προσαρμόσει τις προδιαγραφές στις δικές της ανάγκες, δεδομένου, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ότι δεν αιτιολογεί με ποιον τρόπο το δικό της προϊόν έχει πλεονεκτήματα κατά τη χειρουργική επέμβαση. Εξάλλου, η νομιμότητα ή μη του οικείου όρου δεν συνέχεται κατ' ανάγκη και άνευ ετέρου, με τον αριθμό των προϊόντων ή οικονομικών φορέων που δύνανται να τον πληρούν, ενώ κατά τα άλλα ο περιορισμός του ανταγωνισμού σε ένα τυχόν μόνο προμηθευτή συνιστά απλώς συνεκτιμώμενο στοιχείο ως προς το τυχόν αδικαιολόγητο του οικείου όρου. Το γεγονός ότι μία ενδεχομένως εταιρεία δύναται σε μία δεδομένη στιγμή να ανταποκριθεί στις ειδικότερες απαιτήσεις μίας διακήρυξης δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου τινός ότι οι απαιτήσεις αυτές είναι φωτογραφικές.

22. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, αορίστως η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλομένων τεχνικών προδιαγραφών ισχυριζόμενη ότι θέτουν «ειδικά» χαρακτηριστικά, αφού δεν διευκρινίζει και δεν αναφέρει ρητώς ποια είναι αυτά τα ειδικά χαρακτηριστικά, ενώ επιπλέον δεν τεκμηριώνει πέρα πάσης αμφιβολίας τις αιτιάσεις της σε βάρος των συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης και σε κάθε περίπτωση, δεν αποδεικνύει επαρκώς, με ποιο τρόπο η θέση των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών στην υπό εξέταση Διακήρυξη, παραβιάζει αναγκαστικού δικαίου διατάξεις ή πολύ περισσότερο, οδηγεί σε νόθευση ή περιορισμό του ανταγωνισμού, μεταξύ των εν δυνάμει υποψηφίων. Η δε επίκληση εκ μέρους της προσφεύγουσας ότι, με τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης θίγονται οι διατάξεις του Ν. 4412/2016, διότι τίθενται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό και προωθείται η ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένων

Αριθμός απόφασης: 85 / 2019

οικονομικών φορέων, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, κρίνεται ως απορριπτέα στο σύνολό της.

23. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 600, 00€ και να επιστραφεί ποσό 421,07€ στη προσφεύγουσα σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 3 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) και την επιστροφή ποσού τετρακοσίων είκοσι ένα ευρώ και επτά λεπτών (421,07€) στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 25 Ιανουαρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης