

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15-05-2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07-04-2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 510/10.04.2023 προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την Επωνυμία «Ξ... Γ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ...Α.Ε.Ε.», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, επικαλούμενη ότι εμποδίζεται να λάβει μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό, λόγω των όρων της ως άνω διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 600€ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη

σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αρ. .../2023 Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια «διατάξεις νεφρικής υποστήριξης» για ένα έτος, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) ακόμη έτος, με εκτιμώμενη αξία 125.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (100.806,452€ χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 03.04.2023 και ώρα 16:00 και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 07.04.2023 και ώρα 10:00. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 17.03.2023 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 17.03.2023, ενώ πλήρης γνώση τεκμαίρεται σύμφωνα με την περ. γ παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και της περ. γ παρ. 1 του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017, μετά την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς, αφού η προσφεύγουσα που δραστηριοποιείται στην προμήθεια των δημοσίων νοσοκομείων με φίλτρα τεχνητού νεφρού υποστηρίζει ότι εμποδίζεται να λάβει μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό λόγω των όρων αυτού. Ειδικώς, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για αποκλεισμό της λόγω της μεθόδου αποστείρωσης που αναφέρεται στην διακήρυξη, αυτοί προβάλλονται παραδεκτώς για τα είδη με α/α α/α 5, 6, 13, 14, 15 και 16, που ζητείται να αποστειρώνονται με ατμοκλιβανισμό ή ατμό και όχι για τα υπόλοιπα προσβαλλόμενα είδη, για τα οποία η προσφεύγουσα στερείται

εννόμου συμφέροντος, αφού πληροί την απαίτηση αποστείρωσης με γ' ακτινοβολία.

5. Επειδή, εμπροθέσμως, κατ' αρ. 365 παρ. 1β ν.4412/2016, και δη την 20-04-2023 η Αναθέτουσα Αρχή ανάρτησε στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6. Επειδή στη διάταξη του αρ. 54 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να 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 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 προτύπων, 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», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' , δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης

κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα 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. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο»...»

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της επίμαχης διακήρυξης είναι ουσιαστικά οι περιγραφές των ζητούμενων μεμβρανών, όπως αυτές περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι αυτής με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης – τεχνικές προδιαγραφές» που έχουν τεθεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ζητούνται συγκεκριμένοι εμπορικοί τύποι μεμβρανών και να φωτογραφίζονται συγκεκριμένα εμπορικά είδη. Πιο αναλυτικά προβάλλει ότι για τα είδη υπό α/α 5, 6, 13, 14, 15 και 16 ζητείται μεμβράνη «H...». Το H...TM είναι το κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της γερμανικής εταιρείας F..., από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, καταχωρημένο στο διεθνές γραφείο εμπορικών σημάτων WIPO με αριθμό καταχώρισης Περαιτέρω προβάλλει ότι για τα είδη υπό α/α 7 και 8 ζητείται μεμβράνη «Medium cutoff (MCO) v... E», ενώ το V... ETM είναι κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας A...Co., Ltd, από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, καταχωρημένο στο ευρωπαϊκό γραφείο εμπορικών σημάτων EUIPO με αριθμό καταχώρισης: Τέλος, για τα είδη υπό α/α 9, 10, 21 και 22 ζητείται μεμβράνη «τύπου p...». Το P...TM είναι το κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας N...CORPORATION, από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, καταχωρημένο στο διεθνές γραφείο εμπορικών σημάτων WIPO με αριθμό καταχώρισης: Εξάλλου, υποστηρίζει ότι απαιτείται και συγκεκριμένη κάθε φορά μέθοδος αποστείρωσης του εκάστοτε ζητούμενου φίλτρου, προδιαγραφή εξίσου περιοριστική του ανταγωνισμού. Έτσι, ιδίως, για τα είδη με α/α 5, 6, 13, 14, 15 και 16 (μεμβράνη H...) ζητείται αποστείρωση με

«ατμοκλιβανισμό» ή, αλλιώς, «ατμό». Προβάλλει δε ότι η ίδια, αν και εμπορεύεται φίλτρα με συνθετική μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης (ή πολυαιθεροσουλφόνης) του Μαλαισιανού κατασκευαστικού οίκου V.. Sdn.Bhd., τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE5 και ISO6 εν ισχύ, δεν μπορεί να συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό για τα προαναφερθέντα είδη, δεδομένου ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της δεν ανήκει σε κάποιον από τους εμπορικούς τύπους που, κατά τρόπο παράνομο, απαιτείται γι' αυτά. Εξάλλου, δεν θα μπορούσε κατά τους ισχυρισμούς της να συμμετέχει στον διαγωνισμό ειδικά για τα είδη με α/α 5, 6, 13, 14, 15 και 16 και για τον, επιπλέον, λόγο ότι τα φίλτρα που εμπορεύεται αποστειρώνονται με γ' ακτινοβολία και όχι με ατμό που ζητείται γι' αυτά. Οι ισχυρισμοί της εντοπίζονται κυρίως στα ακόλουθα επιχειρήματα: α) ότι οι επίμαχες προδιαγραφές αντιβαίνουν στην διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 54 και της παρ. 1 του άρθρου 75 του Ν.4412/2016, σύμφωνα με την οποία απαγορεύεται να προσδιορίζεται το ζητούμενο είδος με μνεία συγκεκριμένου εμπορικού σήματος και/ή τύπου, καθώς και ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής, καθώς και ότι μόνο στην όλως εξαιρετική περίπτωση που δεν μπορεί να προσδιοριστεί το αντικείμενο της σύμβασης με άλλο τρόπο, είναι δυνατή η αναφορά σε συγκεκριμένες μεθόδους και τύπους συνοδευόμενη από τον όρο «ή ισοδύναμο», β) ότι αυτές (οι προδιαγραφές) παραβιάζουν την Κοινοτική Οδηγία 93/42 περί ελεύθερης κυκλοφορίας των προϊόντων που φέρουν σήμανση CE και της ρήτρας διασφάλισεως και γ) ότι, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι συντρέχουν λόγοι που δικαιολογούν την προμήθεια προϊόντων αποκλειστικά και μόνο συγκεκριμένου κατασκευαστή, όφειλε να καταφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης του άρθρου 32 Ν. 4412/2016, υπό τους εκεί ρητώς και περιοριστικώς αναφερόμενους όρους και προϋποθέσεις.

8. Επειδή, η Αναθετουσα Αρχή αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και προβάλλει ότι έως και σήμερα δεν έχουν εκδοθεί ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές από την αρμόδια Κ. Α. Α ήτοι την Ε.Π.Υ για την προμήθεια φίλτρων μονάδας τεχνητού νεφρού. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι η Ε.Π.Υ απέρριψε τις τεχνικές προδιαγραφές που κατατέθηκαν με το με αριθμ. πρακτικό 66/23-12-2015 και ζήτησε την επαναξιολόγηση τους. Υπεύθυνος για

την κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών, έως τη σύνταξη των ενιαίων, είναι η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών και το διοικητικό συμβούλιο του εκάστοτε νοσοκομείου. Επίσης, υποστηρίζει ότι η επιλογή φίλτρου αιμοκάθαρσης αποτελεί επιλογή θεραπείας, συνεπώς αποκλειστικά υπεύθυνος είναι ο θεράπων ιατρός, όπως επισημαίνει και ο ΕΟΦ (Γνωμοδότηση 94221/30-10-2014). Συγκεκριμένα, ο ΕΟΦ, με την ανωτέρα γνωμοδότηση του, α) θέτει όλα τα φίλτρα αιμοκάθαρσης σε καθεστώς υλικού επαγρύπνησης και β) εναποθέτει την επιλογή του κατάλληλου φίλτρου για κάθε ασθενή στο θεράποντα ιατρό του και όχι στην κάθε εμπορική εταιρεία/προμηθευτή. Τέλος, παραπέμπει σε έγγραφο της Ελληνικής Νεφρολογικής Εταιρίας, στο οποίο αναφέρεται ποια είναι τα χαρακτηριστικά των φίλτρων αιμοκάθαρσης που πρέπει να αποτυπώνονται στις τεχνικές προδιαγραφές, ώστε να διασφαλίζεται η δυνατότητα επιλογής ανάλογα με τις ιδιαίτερες ανάγκες των ασθενών που βρίσκονται σε χρόνιο πρόγραμμα αιμοκάθαρσης. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή αντιτάσσει ότι κατά την καθημερινή κλινική πρακτική ο θεράπων ιατρός δεν μπορεί να έχει στη διάθεσή του μόνο φίλτρα ενός ή δύο τύπων, από πλευράς χημικής σύνθεσης μεμβράνης ΑΜΚ και αποδοτικότητας, προκειμένου να αντιμετωπίσει ασθενείς με διαφορετικές θεραπευτικές ανάγκες αιμοκάθαρσης, αλλά θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα χρησιμοποίησης μιας ποικιλίας τύπων φίλτρων αιμοκάθαρσης (φίλτρα τουλάχιστον 4-5 διαφορετικών από πλευράς χημικής σύνθεσης μεμβρανών και με διαφορετικές αποδοτικότητες –συντελεστή υπερδιήθησης και δυνατότητα απομάκρυνσης διαφόρων τοξικών ουσιών), για να μπορέσει να προσφέρει την απαιτούμενη κατά περίπτωση μέγιστη αιμοκάθαρση και να εξασφαλίσει, έτσι, μικρότερη νοσηρότητα και θνητότητα για τους αιμοκαθαιρόμενους ασθενείς του. Εξάλλου, κατά την Αναθέτουσα Αρχή, συνάγεται ότι για τον πλήρη προσδιορισμό ενός φίλτρου αιμοκάθαρσης, προκειμένου να ικανοποιεί τις ιδιαίτερες ανάγκες του κάθε ασθενή, απαιτείται η αποτύπωση τουλάχιστον κάποιων τεχνικών χαρακτηριστικών και δεν επαρκεί η σήμανση CE. Ο προσδιορισμός των χαρακτηριστικών αυτών δεν έχει ως στόχο να θέσει εκ προοιμίου εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας προϊόντα πιστοποιημένα με CE που κυκλοφορούν νομίμως εντός της Ε.Ε., αλλά να ληφθεί υπόψη η πάγια θέση της Ελληνικής Νεφρολογικής Εταιρίας (ΕΝΕ) για προδιαγραφές που θα περιλαμβάνουν διεθνώς αποδεκτές

παραμέτρους για τη διασφάλιση της δημόσιας υγείας των ασθενών αιμοκάθαρσης. Η σήμανση CE δεν μπορεί να θεωρηθεί το μοναδικό κριτήριο που θέτει η αναθέτουσα αρχή στον διαγωνισμό, οπότε, με τις τεθείσες προδιαγραφές, επιδιώκει την προμήθεια φίλτρων αιμοκάθαρσης που διαφοροποιούνται ως προς τη χημική σύνθεση της μεμβράνης τους και, άρα, διαφορετικές ιδιότητες και δυνατότητες για την κάλυψη συγκεκριμένων ιατρικών αναγκών διαφορετικών ασθενών. Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή προβάλλει ότι, ενώ η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχουν τεθεί τεχνικές προδιαγραφές με αναφορά σε συγκεκριμένους τύπους μεμβρανών, έτσι ώστε να φωτογραφίζονται συγκεκριμένα εμπορικά είδη και να περιορίζεται ο ανταγωνισμός, στην πραγματικότητα έχει γίνει χρήση των εμπορικών σημάτων, προκείμενου να προσδιορίσει τη συγκεκριμένη χημική σύνθεση και χαρακτηριστικά της μεμβράνης του φίλτρου και όχι να «φωτογραφίσει» συγκεκριμένες εταιρίες. Επιπλέον, κατά την Αναθέτουσα Αρχή, στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης αναφέρεται ότι μπορούν να προσφερθούν ισοδύναμα φίλτρα αυτών των τύπων, φίλτρα που δεν είναι προϊόντα των συγκεκριμένων οίκων αλλά έχουν την ίδια σύσταση μεμβράνης, και, άρα, δεν παρακωλύεται η προσφορά ισοδύναμων προϊόντων από διάφορες εταιρίες. Η προσφεύγουσα προσφέρει φίλτρα με συνθετική μεμβράνη από πολυαιθεροσουλφόνη ή πολυαιθερική σουλφόνη, η οποία εμπεριέχεται στα ζητούμενα είδη με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και συγκεκριμένα στα είδη με α/α . 1, 2, 9, 10, 17, 18, 21 και 22 . Επιπλέον, σε αυτά τα είδη φίλτρων η ζητούμενη μέθοδος αποστείρωσης είναι η γ' ακτινοβολία, μέθοδος που χρησιμοποιεί η προσφεύγουσα εταιρία. Σε καμία περίπτωση, λοιπόν, δεν αποκλείεται η προσφεύγουσα από τη διαγωνιστική διαδικασία όπως ισχυρίζεται, καθώς μπορούσε να υποβάλλει προσφορά στα εν λόγω είδη.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, κατά το άρθρο 42 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 54 του ν.4412/2016), παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, οι τεχνικές προδιαγραφές, που ορίζονται στο σημείο 1 του Παραρτήματος VII της οδηγίας αυτής (Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του ν.4412/2016), παρατίθενται στα έγγραφα της διαδικασίας συνάψεως της

συμβάσεως και καθορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα έργα, οι υπηρεσίες ή οι προμήθειες. Δυνάμει του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής, οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν να διατυπώνονται με διάφορους τρόπους, και συγκεκριμένα, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, κατά σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που μεταφέρουν ευρωπαϊκά πρότυπα, ευρωπαϊκές τεχνικές αξιολογήσεις, κοινές τεχνικές προδιαγραφές, διεθνή πρότυπα, άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς φορείς τυποποίησης ή, όταν αυτά δεν υπάρχουν, σε εθνικά πρότυπα, εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτελέσεως των έργων και της χρησιμοποίησης των προμηθειών, είτε με συνδυασμό των δύο τρόπων αυτών. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι το ως άνω άρθρο 42, παράγραφος 3, καθόσον προβλέπει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται υπό τη μορφή αρκούντως ακριβών επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων ή με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και διάφορα πρότυπα, ουδόλως αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια ιατρικών προϊόντων, τα χαρακτηριστικά λειτουργίας και χρήσεως του προς προμήθεια επιμέρους εξοπλισμού και των προς προμήθεια επιμέρους μέσων. Εξάλλου, πρέπει να σημειωθεί, αφενός, ότι το γράμμα του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/24 δεν προβλέπει οποιαδήποτε ιεραρχική κατάταξη των μεθόδων διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών ούτε επιβάλλει την κατά προτίμηση χρήση κάποιας από τις μεθόδους αυτές. Αφετέρου, από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η νομοθεσία της Ένωσης περί τεχνικών προδιαγραφών αναγνωρίζει ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης συμβάσεως. Το περιθώριο εκτιμήσεως αυτό δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Εντούτοις, η οδηγία 2014/24 επιβάλλει ορισμένα όρια τα οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει να σέβεται. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 42, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24, οι τεχνικές προδιαγραφές απαιτείται να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των

οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Η απαίτηση αυτή συγκεκριμενοποιεί, στο πλαίσιο της κατάρτισεως των τεχνικών προδιαγραφών, την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Κατά την αρχή αυτή, οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο. Όπως, δε έχει κρίνει το Δικαστήριο, οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της διαφάνειας έχουν καθοριστική σημασία όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, δεδομένου του κινδύνου δημιουργίας δυσμενών διακρίσεων εξαιτίας της επιλογής των τεχνικών προδιαγραφών ή λόγω του τρόπου με τον οποίο οι προδιαγραφές αυτές διατυπώνονται. Επίσης, ο βαθμός λεπτομέρειας των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, πράγμα το οποίο σημαίνει, μεταξύ άλλων, ότι θα πρέπει να εξετάζεται κατά πόσον ο βαθμός λεπτομέρειας αυτός είναι αναγκαίος για την επίτευξη των επιδιωκόμενων σκοπών. Με δεδομένα τα ανωτέρω, επισημαίνεται ότι η αρχή της αναλογικότητας έχει ιδιόζουσα εφαρμογή στον ευαίσθητο τομέα της δημόσιας υγείας. Πράγματι, όπως προκύπτει από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, προκειμένου να κριθεί κατά πόσον κράτος μέλος έχει τηρήσει την αρχή της αναλογικότητας στον τομέα της δημόσιας υγείας, πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η υγεία και η ζωή των ανθρώπων κατέχουν πρωταρχική θέση μεταξύ των προστατευόμενων από τη Συνθήκη ΛΕΕ αγαθών και συμφερόντων. Επομένως, θα πρέπει να εκτιμηθεί κατά πόσον οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές συνάδουν με τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB, σκ. 26-42). Περαιτέρω ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣτΕ 923/2016), όταν, εν προκειμένω, ζητούν επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών, τις οποίες δεν πληρούν, κατ' ανάγκην, ιατροτεχνολογικά προϊόντα πιστοποιημένα με την ένδειξη CE και σύμφωνα με τα ισχύοντα εναρμονισμένα πρότυπα και την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία (ΣτΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και

χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείει όλους τους πιθανούς προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016).

10. Επειδή, εν προκειμένω, οι λόγοι περί παραβίασης ενωσιακής νομοθεσίας που στρέφονται κατά τεχνικών προδιαγραφών διακήρυξης με τις οποίες αποκλείονται ιατροτεχνολογικά προϊόντα αν και διαθέτουν πιστοποίηση CE, είναι αβάσιμοι, διότι η πιστοποίηση ποιότητας δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες που μπορεί να εξυπηρετήσει διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕΦΘες/κης 126/2018 (Ακυρωτικό) σκ.10 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία και ΔΕΦ Πειραιώς Ν120/2018 (Ακυρωτικό) σκ.10 αλλά και ΑΕΠΠ 1106/2018). Πολλώ δε μάλλον, όταν επιβεβαιώνεται η νομολογία του Δικαστηρίου αλλά και των εθνικών δικαστηρίων που αναγνωρίζουν ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης συμβάσεως με τον περιορισμό, βέβαια, της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. Περαιτέρω, εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή αιτιολογεί επιστημονικά τους λόγους οι οποίοι την οδήγησαν να θέσει πρόσθετες τεχνικές προδιαγραφές, συνομολογεί δε ότι οι πρόσθετες αυτές τεχνικές προδιαγραφές και η αναφορά σε συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης δια της χρήσης εμπορικής ονομασίας δεν αποκλείει την προσφορά ισοδύναμου προϊόντος. Τα ίδια δε ισχύουν και για την μέθοδο καθαρισμού των ειδών που ζητούνται. Συνεπώς, αβασίμως προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι παρανόμως ζητούνται από την Αναθέτουσα Αρχή συγκεκριμένου τύπου μεμβράνες, αφού η εξειδίκευση αυτή δεν έχει ως σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού, αλλά την προμήθεια ειδών με συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά, δυνατότητες και ιδιότητες. Ωστόσο, βασίμως προβάλλεται από την προσφεύγουσα, πράγμα που δεν αμφισβητείται από την Αναθέτουσα Αρχή, ότι στους εν λόγω όρους θα έπρεπε κατ'εφαρμογή του αρ. 54 ν. 4412/2016 η εν λόγω μνεία και απαίτηση συγκεκριμένων ειδών να

συνοδέυεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» προκειμένου να μην αποκλείονται ισοδύναμα είδη. Εξάλλου, εν προκειμένω ο όρος «ή ισοδύναμο» δεν προκύπτει ότι έχει περιληφθεί για όλα τα είδη τα οποία αναφέρονται στην προσφυγή, αλλά μόνο για τα είδη με α/α 3,4,19 και 20, ενώ η εν λόγω αναφορά είναι σύμφωνα με το νόμο υποχρεωτική. Συνεπώς, οι προδιαγραφές οι οποίες δεν κάνουν μνεία στη δυνατότητα προσφοράς ισοδύναμου είδους τυγχάνουν, για το λόγο αυτό, ακυρωτές.

11. Επειδή ο επιμέρους ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε, βάσει των όρων της διακήρυξης, να έχει επιλέξει τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και όχι του ανοικτού διαγωνισμού, τυγχάνει απορριπτέος, δεδομένου ότι αυτή έχει την εκ του νόμου ευχέρεια να επιλέγει το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας που κρίνει ως πιο επωφελή για τα συμφέροντά της.

12. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου, σύμφωνα με τον οποίο «.. κατά την τεχνική αξιολόγηση μεταξύ ισοδύναμων φίλτρων θα επιλέγονται αυτά με το μεγαλύτερο ΚοΑ», υποστηρίζοντας ότι δια του όρου αυτού αλλοιώνεται το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής, βάσει του οποίου διενεργείται ο επίμαχος διαγωνισμός, σύμφωνα με την ρητή διάταξη της παρ. 2.3 της Διακήρυξης, αφού τίθεται, επί της ουσίας, ένα επιπλέον κριτήριο επιλογής, πέραν του μοναδικού κριτηρίου που θα έπρεπε να αξιοποιείται, ήτοι, αυτού της προσφερόμενης τιμής.

13. Επειδή επί του ως άνω λόγου η Αναθέτουσα Αρχή προβάλλει ότι το κριτήριο κατακύρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι αυτό της συμφερότερης από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για τα ίδια προϊόντα, ενώ ο συντελεστής ΚοΑ δεν είναι κριτήριο κατακύρωσης αλλά κριτήριο προσδιορισμού των ποιοτικών χαρακτηριστικών των φίλτρων και αφορά την τεχνική αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών του διαγωνισμού, αφού, σε κάθε κατηγορία ζητούμενων φίλτρων, εφόσον προσφερθούν ισοδύναμα φίλτρα, θα επιλέγονται αυτά με τον μεγαλύτερο ΚοΑ.

14. Επειδή, εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή, όπως ορθώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα, είχε την δυνατότητα, εφόσον το επιθυμούσε

και προκειμένου να αξιοποιήσει πέραν του κριτηρίου της χαμηλότερης τιμής και, άλλα, επιπλέον, ποιοτικά κριτήρια, να διενεργήσει τον διαγωνισμό με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, κάτι που όμως δεν συνέβη. Δοθέντος ότι ως κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης έχει τεθεί η χαμηλότερη τιμή, το γεγονός ότι θεσπίσθηκαν, εν προκειμένω πρόσθετα κριτήρια για την επιλογή του καταλληλότερου προμηθευτή, συνεπάγεται, ως ορθά υποστηρίζει η προσφεύγουσα, «αλλοίωση» της εν γένει διαδικασίας ανάθεσης, αφού, η Αναθέτουσα αρχή, θα δύναται, πέραν της χαμηλότερης τιμής, που προϋποθέτει, ως προελέχθη, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας, κατ' αρχήν, ισοδύναμα και τα οποία διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνο ως προς την προσφερόμενη τιμή, να συνεκτιμά, και στοιχεία, όπως τον υψηλότερο ΚoA. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το σύστημα της πλέον συμφέρουσας 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 την Αναθέτουσα Αρχή ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής, έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου μεταξύ των προσφερομένων παρεμφερών προϊόντων. 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, εφόσον 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. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή έχει ευρεία ευχέρεια να επιλέξει είτε προϊόν τεχνικώς αποδεκτό σε χαμηλή τιμή, είτε προϊόν τεχνικώς εξελιγμένο σε λογική τιμή,

αφού ο προσφέρων το τελευταίο, για να έχει πιθανότητες να αναδειχθεί προμηθευτής, θα υποχρεωθεί να συμπίεσει την τιμή της προσφοράς. Συνεπώς, ο σχετικός λογος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμεί την αξιολόγηση περαιτέρω προδιαγραφών, οφείλει να επιλέξει το σύστημα της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάση βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

15. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλομένη διακήρυξη, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό και να επιστραφεί το παράβολο που ο προσφεύγων κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου ..., κατά το σκεπτικό και ειδικότερα στις σκέψεις 10 και 14.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15.05.2023 και εκδόθηκε στις 06.06.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ