

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12.09.2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει: α) την από 13.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1016/13.08.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής πρώτη προσφεύγουσα] και

β) την από 14.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1034/16.08.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής δεύτερη προσφεύγουσα].

Κατά του [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας επί της δεύτερης Προσφυγής εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν όπως ακυρωθεί το Απόσπασμα Πρακτικού της Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. Διακήρυξης, με αντικείμενο

την «Προμήθεια Βιοϊατρικού Εξοπλισμού – Νοσηλευτικής Μονάδας», μέσω του Ε.Π. «.....» του ΕΣΠΑ 2014-2020 (Κωδικός). Ειδικότερα, κάθε μία προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας για το Τμήμα 3. Η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια Βιοϊατρικού Εξοπλισμού – Νοσηλευτικής Μονάδας», συνολικού προϋπολογισμού 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά είδος. Η εν λόγω Διακήρυξη, η οποία περιλαμβάνει 8 Τμήματα, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 12.04.2019 με ΑΔΑΜ: και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α,,,,,, και Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 20.05.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 27.05.2019 και ώρα 11 π.μ.. Για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες – CPV 33157400-9), για το οποίο ασκήθηκαν οι υπό κρίση Προσφυγές και του οποίου η προϋπολογισθείσα αξία ανέρχεται σε 50.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, υπέβαλαν προσφορά μόνο οι δύο προσφεύγουσες. Το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με το Απόσπασμα Πρακτικού της Συνεδρίασης ενέκρινε το υπ' αριθμ. Πρακτικό της Επιτροπής και έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές και των δύο συμμετεχουσών εταιρειών.

3. Επειδή, για την άσκηση των ανωτέρω Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς: α), ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από την πρώτη προσφεύγουσα και

β), ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από τη δεύτερη προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 410.000,00€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκαν εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στις προσφεύγουσες, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 05.08.2019.

6. Επειδή, οι προσφεύγουσες θεμελιώνουν, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση των υπό κρίση Προσφυγών, καθώς δραστηριοποιούνται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχουν υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα κάθε μία εξ αυτών να υφίσταται βλάβη από την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζει όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να έχει απορριφθεί.

7. Επειδή, η Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία», με την οποία επιδιώκει την απόρριψη της δεύτερης Προσφυγής, έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 23.08.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ 849. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την

κοινοποίηση της δεύτερης Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 16.08.2019. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η δεύτερη υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται ευθέως κατά της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία.

8. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες), καθώς παραβιάζει όρους της Διακήρυξης, χωρίς η προσβαλλόμενη απόφαση να αιτιολογεί επαρκώς την κρίση της, παραβιάζοντας έτσι την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και την αρχή της νομιμότητας. Πιο συγκεκριμένα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 15, η οποία απαιτούσε το προσφερόμενο είδος να διαθέτει *«συναγερμούς (Alarms) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις:*

- *Υψηλή και χαμηλή πίεση αερισμού*
- *Απνοια*
- *Χαμηλό και υψηλό εκπνεόμενο όγκο ανά λεπτό και όγκο αναπνοής (TV)*
- *Χαμηλή και υψηλή συγκέντρωση εισπνεόμενου οξυγόνου*
- *Υψηλή και χαμηλή αναπνευστική συχνότητα*
- *Πτώση τροφοδοσίας στο κεντρικό δίκτυο αέρα- οξυγόνου*
- *Χαμηλό επίπεδο φόρτισης μπαταρίας*
- *Βλάβη συσκευής».*

Η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει ειδικότερα τα εξής: *«[...] Η συμμετέχουσα εταιρεία «.....» απαντάει θετικά στο κατατιθέμενο φύλλο συμμόρφωσης της - δηλώνοντας μάλιστα ότι συμμορφώνεται πλήρως - ότι διαθέτει συναγερμό χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας (βλέπετε συνημμένο 1), ωστόσο από τα σημεία των παραπομπών της δεν προκύπτει αυτή η αντιστοιχία. Συγκεκριμένα, στην παραπομπή στο Document 1 σελ. 6 (βλέπετε συνημμένο 2], ενώ σε όλους τους ρυθμιζόμενους συναγερμούς έχει ένδειξη High / Low, στον συναγερμό συχνότητας αναπνοών RR έχει μόνο την ένδειξη High. Επίσης στην σελίδα 233*

του εγχειριδίου χρήσης αναφέρεται ότι διαθέτει συναγερμό «Respiratory rate high» υψηλής αναπνευστικής συχνότητας, αλλά σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται η ένδειξη «Respiratory rate low» δηλαδή «χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας» (βλέπετε συνημμένο 3). Το γεγονός ότι δεν διατίθεται συναγερμός για χαμηλή αναπνευστική συχνότητα επιρρωνύεται σαφώς από την ίδια την κατασκευάστρια του προσφερόμενου αναπνευστήρα εταιρεία, αφού στην από 8/5/19 βεβαίωση κατασκευαστή στην οποία παραπέμπει η εταιρία (βλέπετε συνημμένο 4) αναφέρει τα κάτωθι: *Infinity Acute Care System Workstation Critical Care Evita Infinity V500 ventilator, has a direct alarm for high Respiratory Rate (RR) and through Apnea time alarm and respiration Rate (RR) setting it also sounds an alarm for low respiratory rate cases.* Μετάφραση: Ο αναπνευστήρας *Infinity Acute Care System Workstation Critical Care Evita Infinity V500*, διαθέτει απευθείας συναγερμό για την υψηλή αναπνευστική συχνότητα (RR) και μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης αναπνευστικής συχνότητας (RR) ηχεί επίσης ένας συναγερμός για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Αφενός δηλαδή βεβαιώνεται ότι διαθέτει απευθείας συναγερμό για την υψηλή αναπνευστική συχνότητα και μόνο, ενώ αντίθετα, για τη χαμηλή αναπνευστική συχνότητα δεν διαθέτει απευθείας συναγερμό αλλά μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας χρησιμοποιείται αυτός ο συναγερμός για περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Αφετέρου φυσικά - όπως ομολογείται από τη συμμετέχουσα - δεν υπάρχει κανένας απευθείας συναγερμός χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας, όπως ζητείται, αλλά αυτό που περιγράφει είναι ότι κάποιες φορές μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιος ο αερισμός άπνοιας. Όμως οι τεχνικές προδιαγραφές απαιτούν ρητώς και κατηγορηματικούς να διαθέτει ξεχωριστό συναγερμό για άπνοια έτσι κι αλλιώς. Υπογραμμίζουμε ότι άλλο φαινόμενο είναι η άπνοια - για την οποία ούτως ή άλλως ζητείται συναγερμός - και άλλο φαινόμενο η χαμηλή αναπνευστική συχνότητα για την οποία επίσης ζητείται συναγερμός. Η περιγραφή της εταιρείας για τον τρόπο με τον οποίο κατά τη δική της άποψη επιτυγχάνει έμμεσο συναγερμό για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας μέσω του ίδιου συναγερμού που είναι αφιερωμένος

στην άπνοια, ουδεμία σχέση έχει με ρύθμιση συναγερμού χαμηλής συχνότητας, απλώς είναι ένα «αφήγημα» για να δικαιολογήσει την αδυναμία ευθείας θετικής απάντησης - πλήρωσης μιας ζητούμενης προδιαγραφής. Μολονότι δε ο υποτιθέμενος τρόπος ρύθμισης μέσω του χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης της αναπνευστικής συχνότητας RR, ως παράμετρος αερισμού και όχι ως παράμετρος συναγερμού, δεν παρατίθεται από την εταιρεία μας προς απόδειξη μη πλήρωσης της προδιαγραφής η οποία είναι απόλυτη και ούτως ή άλλως δεν πληρούται από την συμμετέχουσα, γεγονός που έδει να έχει οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της, πιστεύουμε ότι ακόμη κι έτσι απαντώντας η συμμετέχουσα εταιρεία προκειμένου να καλύψει την πλημμέλεια της, είναι τουλάχιστον ατυχές να ισχυρίζεται κάποιος ότι ο χρήστης θα ρυθμίζει τους συναγερμούς με αυτόν τον τρόπο. Η ρύθμιση των συναγερμών πρέπει να είναι άμεση σε απόλυτο αριθμό ρύθμισης (5, 7, 10 αναπνοές) και η απεικόνισή τους επίσης ξεκάθαρη με συγκεκριμένο μήνυμα για την κατάσταση που πρέπει να αντιμετωπίσει ο χρήστης. Δηλαδή εάν ηχήσει ένας συναγερμός «Άπνοιας» ο οποίος αφορά παύση αναπνοής από τον ασθενή (κατάσταση η οποία μπορεί να οδηγήσει σε πολύ δυσάρεστα αποτελέσματα για την υγεία του ασθενούς), είναι αδύνατο να ξεχωρίσει ο ιατρός εάν ο ασθενής παύει να αναπνέει (οπότε έχουμε το φαινόμενο της άπνοιας) ή αν αναπνέει σε χαμηλούς ρυθμούς (οπότε έχουμε το φαινόμενο της χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας). Η Μονάδα Εντατικής Θεραπείας είναι ένας χώρος όπου και η παραμικρή λεπτομέρεια παίζει σημαντικό ρόλο για την αποκατάσταση ή επιδείνωση της υγείας του ασθενή οπότε και η σωστή παρακολούθησή του είναι ύψιστης σημασίας, για αυτό τον λόγο αοριστίες και ασάφειες δεν επιτρέπονται. Σε αντίθετη περίπτωση θα προέκυπτε ευλόγως το ερώτημα για ποιόν λόγο δεν υιοθετεί ο κατασκευαστής παρόμοιο τρόπο για την περίπτωση ρύθμισης της υψηλής αναπνευστικής συχνότητας, αφού ο έμμεσος τρόπος που προτείνει για συναγερμό σε περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας είναι δήθεν τόσο αποτελεσματικός. Σε κάθε περίπτωση υπενθυμίζουμε ότι η διατύπωση της τεχνικής προδιαγραφής αρχίζει με την φράση «Να διαθέτει συναγερμούς (Alarms) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις» που υποδηλώνει

σαφήνεια και ακρίβεια των ζητούμενων δυνατοτήτων/περιπτώσεων, οπότε ζητείται να υπάρχει απευθείας αυτόνομος συναγερμός για κάθε χωριστή περίπτωση. Σε διαφορετική περίπτωση θα είχε τον όρο «ή αντίστοιχους» αφήνοντας το περιθώριο για εναλλακτικές προσεγγίσεις. Όμως ο συντάκτης των τεχνικών προδιαγραφών χρησιμοποίησε γλώσσα σαφή και απόλυτη επί σκοπώ τα μηνύματα συναγερμών που θα ηχούν να δίνουν άμεση και ξεκάθαρη εικόνα στον θεράποντα ιατρό και όχι συγκεχυμένη. Διαφορετικά, με την υποθετική ερμηνεία της συμμετέχουσας ότι οι περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας εντάσσονται στις περιπτώσεις άπνοιας, δεν θα απαιτείτο να ζητείται να διατίθεται χωριστός συναγερμός για άπνοια και χωριστός συναγερμός για χαμηλή αναπνευστική συχνότητα, όπερ είναι το ζητούμενο της προδιαγραφής. Συμπερασματικά, από τον αναπνευστήρα Evita Infinity V500 δεν πρόκειται ποτέ να δοθεί συναγερμός «χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας» οποιοσδήποτε και να είναι οι ρυθμίσεις που προτείνει η εταιρία Η απάντηση επομένως περί τεκμηρίωσης/πλήρωσης της προδιαγραφής που παρέχει η συμμετέχουσα είναι ελλιπής και ατεκμηρίωτη, η δε προδιαγραφή δεν πληρούται εφόσον προφανέστατα δεν διατίθεται στον προσφερόμενο από την εταιρία αναπνευστήρα συναγερμός χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Λαμβάνοντας υπόψη τα προαναφερόμενα, προκύπτει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης έσφαλε θεωρώντας ότι η προσφορά της πληροί τη συγκεκριμένη προδιαγραφή και έγινε αποδεκτή η προσφορά της, βαθμολογήθηκε δε με 103 βαθμούς στο κριτήριο ΚΙ Τεκμηριωμένη κάλυψη απαιτήσεων Διακήρυξης και συμφωνία της προσφοράς με ουσιώδη τεχνικά χαρακτηριστικά της Διακήρυξης για το σύνολο των μερών που απαρτίζουν το προσφερόμενο είδος, όπως καθορίζεται στον πίνακα των απαιτούμενων προδιαγραφών, μολονότι η προσφορά της δεν πληροί την εν λόγω προδιαγραφή και προκρίθηκε να συμμετέχει στο επόμενο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης. Συμπερασματικά, η προσφορά της συμμετέχουσας είναι απορριπτέα σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών της διακήρυξης, όπου ορίζεται μεταξύ λοιπών ότι: “2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση,

προσφορά: [...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης”. Επισημαίνεται ότι για την παραπάνω αναλυτικά εκτεθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας δεν δύναται να γίνει επίκληση στην ευχέρεια του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 προς συμπλήρωση μέσω νομίμων διευκρινήσεων, καθότι περαιτέρω, ως έχει κριθεί νομολογιακά βάσει και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της υποχρέωσης διαφάνειας, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεση της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013,, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31) [...]».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ’ αριθμ. Απόψεις της εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «α) Η καταφατική απάντηση της εταιρείας στην τεχνική προδιαγραφή με Α/Α 15 της διακήρυξης έγινε αποδεκτή έπειτα από την πρόταση της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού (κατά τον τρόπο απόδειξης της από την εταιρεία), δεδομένου ότι η απαίτηση «χαμηλή αναπνευστική συχνότητα» αφορά μόνο μια υποπερίπτωση μερικότερης τεχνικής προδιαγραφής, αποτελούσας της τελευταίας μιας εκ των συνιστωσών της (συνολικής) τεχνικής προδιαγραφής με Α/Α 15 της διακήρυξης, και συνεπώς η προσφυγή της εταιρείας για την απάντηση (στο φύλλο συμμόρφωσης) της εταιρείας στο συγκεκριμένο σημείο αποτελεί μια πολύ λεπτομερειακή και επιτηδευμένη προσέγγιση που τελικώς δεν συνάδει με το πνεύμα της αξιολόγησης των τεχνικών προδιαγραφών των συμμετεχόντων, ωσαύτως θα υπήρχε ο δυνητικός κίνδυνος στην τεχνική αξιολόγηση έκαστης συμμετέχουσας εταιρείας να επηρεαστούν υποκειμενικές κρίσεις. β) Η αξιολόγηση και αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας θεωρούμε ότι έγινε με ορθολογικό και σύμφωνο με την παράγραφο 2 τρόπο του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016: “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”, στα πλαίσια που η καταφατική απάντηση της εταιρείας τεκμαίρεται (κατά την) με την παράθεση στα συνημμένα της προσφοράς της τεχνικά έγγραφα που διευκρινίζουν τον τρόπο επίτευξης της διαδικασίας ενεργοποίησης του συναγερμού (θεωρώντας ότι έτσι θεραπεύει την απαίτηση περί ύπαρξης συναγερμού χαμηλής συχνότητας), αφετέρου η λεκτική διατύπωση της προδιαγραφής με Α/Α 15: “Να διαθέτει συναγερμούς (Alarms) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις: •Υψηλή και χαμηλή αναπνευστική συχνότητα” ορίζει ότι ο σχετικός συναγερμός πρέπει να διατίθεται, χωρίς να αναφέρεται κάποιος αδήριτος και απαράβιαστος τρόπος επίτευξης αυτής της επίδοσης (π.χ. αναγραφή ή συγκεκριμένη επισήμανση σε κάποιο ευκρινές σημείο του μηχανήματος κ.α.), ήτοι η έμφαση (κατά την αξιολόγηση της προσφοράς) δόθηκε κατά το μάλλον στην ουσία επίτευξης του συγκεκριμένου έργου, και πολύ ολιγότερο στον τύπο. Η εταιρεία εν προκειμένω υποδεικνύει (από τα συνημμένα της τεχνικής προσφοράς της) ότι «μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης αναπνευστικής συχνότητας (RR) ηχεί επίσης ένας συναγερμός για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας”. Εν κατακλείδι, ως αναθέτουσα αρχή θεωρούμε ότι ορθά έγινε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας στον συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ του διαγωνισμού για την προμήθεια τους είδους «ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ» προϋπολογισμού 50.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, στα πλαίσια του υπ’ αριθ. Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας -τιμής για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ - ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ» μέσω του Ε.Π. «.....» του ΕΣΠΑ 2014-2020 για τις ανάγκες του (Ν.Μ.), συνολικού προϋπολογισμού #410.000,00€# συμπ. Φ.Π.Α. 24%, δεδομένου ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας αξιολογήθηκε ως συνάδουσα και εναρμονιζόμενη επαρκώς με την τεχνική προδιαγραφή με Α/Α 15 για την προμήθεια του είδους «ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ» του αριθμού ΕΣΗΔΗΣ του διαγωνισμού, ενώ η αρχή της ίσης και αντικειμενικής μεταχείρισης των

διαγωνιζομένων και της νομιμότητας, διασφαλίζεται εν προκειμένω με την υιοθέτηση ενός μη υποκειμενικά περιοριστικού πρότυπου αξιολόγησης, που ενδεχομένως θα ευνοούσε τη συμμετοχή μιας εταιρείας έναντι της άλλης».

10. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ανήρτησε την 02.09.2019 στο ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα, με το οποίο απαντά εμπροθέσμως και προσηκόντως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, στη συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «[...] Στις κατατιθέμενες απόψεις της Αναθέτουσας στο εδάφιο (α) υπάρχει σαφής παραδοχή της έλλειψης του ζητούμενου συναγερμού για την περίπτωση υψηλής και χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας [...] Όλες επομένως οι ζητούμενες υποπεριπτώσεις για τις οποίες απαιτείται να διατίθεται συναγερμός αποτελούν ρητώς προαπαιτούμενα τμήματα της όλης τεχνικής προδιαγραφής, η δε σειρά με την οποία περιγράφονται δεν δεικνύει το μέγεθος της σημασίας εκάστης απαίτησης, αφού κάθε μία εξ αυτών πρέπει να πληρούται και να τεκμηριώνεται προκειμένου να αποδεικνύεται η πλήρωση της προδιαγραφής με αριθμό 15. Το γεγονός ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή 15 απαιτεί ρητώς και κατηγορηματικώς να διαθέτει ο αναπνευστήρας ξεχωριστό συναγερμό για άπνοια έτσι κι αλλιώς, δεν αμφισβητείται ούτε από την Αναθέτουσα ούτε από την προσφέρουσα Ομοίως το γεγονός ότι ο προσφερόμενος αναπνευστήρας δεν διαθέτει ξεχωριστό συναγερμό για άπνοια δεν αμφισβητείται ούτε από την Αναθέτουσα ούτε από την προσφέρουσα, απλά υποβαθμίζεται ευλόγως η σημασία της από την Αναθέτουσα και με αυτή τη λογική άλλωστε κάνει αποδεκτή την καταφατική απάντηση της εταιρείας στην τεχνική προδιαγραφή αυτή. Επιπλέον, εντύπωση προκαλεί η ρητή αναφορά στις απόψεις της Αναθέτουσας ότι: συνεπώς η προσφυγή της εταιρείας για την απάντηση (στο φύλλο συμμόρφωσης) της εταιρείας στο συγκεκριμένο σημείο αποτελεί μια πολύ λεπτομερειακή και επιτηδευμένη προσέγγιση που τελικώς δεν συνάδει με το πνεύμα της αξιολόγησης των τεχνικών προδιαγραφών των συμμετεχόντων, ωσαύτως θα υπήρχε ο δυνητικός κίνδυνος στην τεχνική αξιολόγηση έκαστης συμμετέχουσας εταιρείας να υπεισέλθουν υποκειμενικές κρίσεις." Κι αυτό

καθόσον συνιστά σαφή παραδοχή ότι επί της αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας εφαρμόσθηκε μία διασταλτική κατά το δοκούν ερμηνεία της τεχνικής προδιαγραφής που εντέλει συνιστά αυτό που η Αναθέτουσα απεύχετο, ήτοι να υπεισέλθει υποκειμενική κρίση. Τέλος, η κατά το δοκούν ερμηνευτική αξιολόγηση της Αναθέτουσας περί πλήρωσης του πνεύματος της προδιαγραφής και η επίσης παραδοχή της ότι αντικειμενικά δεν πληρούται αυτή, επιρρώνεται από το όλο σκεπτικό του εδαφίου β' των απόψεων της [...] Ενώ δηλαδή η Αναθέτουσα παραδέχεται ότι ο σχετικός συναγερμός πρέπει να διατίθεται, η αποδοχή της άποψης ότι επιτυγχάνεται το ζητούμενο εμμέσως μέσω του συναγερμού άπνοιας είναι εμφανώς εσφαλμένη, αφού οι τεχνικές προδιαγραφές απαιτούν ρητώς και κατηγορηματικώς να διαθέτει ξεχωριστό συναγερμό για άπνοια έτσι κι αλλιώς κι αποδείξαμε εκτενώς στο δικόγραφο της προσφυγής μας ότι άλλο φαινόμενο είναι η άπνοια - για την οποία ούτως ή άλλως ζητείται συναγερμός - και άλλο φαινόμενο η χαμηλή αναπνευστική συχνότητα για την οποία επίσης ζητείται συναγερμός. Σε κάθε περίπτωση δεν απαντήθηκαν επουδενί οι αιτιάσεις μας ότι με την υποθετική ερμηνεία της συμμετέχουσας ότι οι περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας εντάσσονται στις περιπτώσεις άπνοιας, δεν θα απαιτείτο να ζητείται να διατίθεται χωριστός συναγερμός για άπνοια και χωριστός συναγερμός για χαμηλή αναπνευστική συχνότητα, όπερ είναι το ζητούμενο της προδιαγραφής. Σύμφωνα με πάγια νομολογία των Δικαστηρίων μας η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για την αναθέτουσα αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό όσο και για τους υποψηφίους. Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας που διέπει τους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει σαφώς το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων της διακήρυξης να συνεπάγεται την ακυρότητα της διαδικασίας και το απαράδεκτο των τυχόν αντίθετων προς τη διακήρυξη προσφορών [...]».

11. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες), καθώς δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές με αριθμούς 17 και 5. Η δεύτερη προσφεύγουσα αναφέρει ειδικότερα τα εξής: «1ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η υπ' αριθ. ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί τις προϋποθέσεις της υπ' αριθ. 17 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II της υπ' αριθ. Διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων). Δυνάμει της υπ' αριθ. 17 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II, το οποίο φέρει τον τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων» και αποτελεί ουσιώδες μέρος της εν λόγω διακήρυξης απαιτείται «Η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Θα εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού» (σχετ. 2, σελ. 58). Πρόκειται για τεχνική προδιαγραφή, η οποία αποτελεί ουσιώδη ιδιότητα, την οποία απαιτείται να έχουν οι αναπνευστήρες που θα προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον όρο αυτό της διακήρυξης (ΕΣΗΔΗΣ). Ωστόσο, η υπ' αριθ. ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, με αποτέλεσμα η προσβαλλόμενη να τυγχάνει ακυρωτέα ως προς το μέρος αυτό της αποδοχής της συμμετοχής της άνω εταιρείας στην περαιτέρω διαδικασία κατακύρωσης της προμήθειας του υλικού αυτού. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την Απάντηση - Τεκμηρίωση του «Πίνακα ΣΙ: Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών» (σχετ. 5, σελ. 12, α.α. 17) της ηλεκτρονικής, τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» και ειδικότερα από την παραπομπή αυτής στο αντίστοιχο -μοναδικό- αποδεικτικό έγγραφο για την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, ήτοι το «Τεχνικό Πιστοποιητικό» (σχετ. 6), η απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή δεν πληρούται. Τούτο, καθώς η εταιρεία αναφέρει μεν ότι «η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός αφού πραγματοποιείται πριν την σύνδεση του ασθενούς στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάσταση του», ωστόσο αυτό ουδόλως αποδεικνύεται

από το «Τεχνικό Πιστοποιητικό» που επικαλείται και προσκομίζει και το οποίο έχει επί λέξει ως εξής: «• Sensors calibration are performed automatically without interrupting mechanical ventilation. Calibration is done before the patient is connected to the ventilator and the same is valid for replacing them". Δηλαδή στα Ελληνικά: «Η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Η βαθμονόμηση γίνεται πριν ο ασθενής συνδεθεί στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάστασή του». Τούτο, σημαίνει, ότι η εταιρεία «.....» προσφέρει υλικό (αναπνευστήρες), οι οποίοι φέρουν αισθητήρες, η βαθμονόμηση των οποίων εκτελείται μεν αυτόματα, αλλά τούτο συμβαίνει μόνο κατά το χρονικό διάστημα προ της σύνδεσης του ασθενούς στον αναπνευστήρα και όχι κατά τη διάρκεια του μηχανικού αερισμού, όπως ρητώς ζητείται από την απαιτούμενη προδιαγραφή 17. Καμία μνεία, αναφορά, διαβεβαίωση ή αποδεικτική ισχύς δεν αποδίδεται σε αυτούς για το χρονικό διάστημα μετά τη σύνδεση του ασθενούς με τον αναπνευστήρα, καθώς, όλως καταφανώς, η απαιτούμενη υπ' αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή δεν υποστηρίζεται από το υλικό της εταιρείας. Συνεπώς, ο προσφερόμενος εξοπλισμός της εταιρείας ουδόλως ανταποκρίνεται στην απαιτούμενη υπ' αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή αναπνευστήρων, καθώς ρητά απαιτείται η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός, ήτοι μετά τη σύνδεση του ασθενούς με τον αναπνευστήρα. Προς, περαιτέρω, επίρρωση των ανωτέρω, στο ήδη υποβληθέν από την εταιρεία «.....» υλικό τεκμηρίωσης και συγκεκριμένα στο Φυλλάδιο 3 αυτού που αποτελεί το εγχειρίδιο χρήσης του αναπνευστήρα Hamilton G5, υφίσταται πίνακας με περιπτώσεις όπως αυτές των «Alarm» ήτοι «Συναγερμός», με τα αντίστοιχα «Definition» ήτοι «Ορισμός» και «Action needed» ήτοι «Ενέργειες που απαιτούνται». Από τον έλεγχο αυτού διαπιστώνεται πως σε πολλές περιπτώσεις απαιτείται η βαθμονόμηση των αισθητήρων ροής και O₂, ενώ ο ασθενής είναι σε μηχανικό αερισμό ως μνεία στις «Ενέργειες που απαιτούνται» (σχετ. 7, σελ. 191,195,198 και 199). Ενδεικτικά: α) σε περιπτώσεις αποσύνδεσης ή παρεμπόδισης των σωληνώσεων του αισθητήρα ροής, ενεργοποιείται συναγερμός "Check flow sensor tubing" με «Ενέργειες που

απαιτούνται» την σύνδεση νέου αισθητήρα και βαθμονόμησή του. β) σε περιπτώσεις απώλειας των σωστών δεδομένων βαθμονόμησης του αισθητήρα ροής, ενεργοποιείται συναγερμός "Flow sensor calibration needed" με «Ενέργειες που απαιτούνται» την βαθμονόμησή του αισθητήρα ροής. γ) σε περιπτώσεις που οι μετρήσεις του αισθητήρα οξυγόνου δεν είναι οι αναμενόμενες, ενεργοποιείται συναγερμός "O2 sensor calibration needed" με «Ενέργειες που απαιτούνται» την βαθμονόμηση του αισθητήρα οξυγόνου. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις ο χειριστής θα πρέπει το συντομότερο δυνατό να εκτελέσει βαθμονόμηση των αισθητήρων, αποσυνδέοντας τον ασθενή, κάτι που φυσικά συνεπάγεται τον τερματισμό του μηχανικού αερισμού του ασθενούς, καθώς οι αισθητήρες του αναπνευστήρα Hamilton G5 (όπως δηλώνει στην απάντηση-τεκμηρίωσή της η εταιρεία «.....» στο φύλλο συμμόρφωσής της (σχετ. 5, σελ.12, α.α. 17)), αλλά και όπως περιγράφεται στο «Τεχνικό Πιστοποιητικό» (σχετ. 6) που επικαλείται και προσκομίζει, βαθμονομούνται αυτόματα μόνο πριν την σύνδεση του ασθενούς και όχι σε άλλη πιθανή περίπτωση, όπως αυτή της εν εξελίξει σύνδεσής του, όπως απαιτείται από την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή). Συνεπώς, κατά να ανωτέρω προκύπτει σαφώς και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσβαλλομένη σφάλει ως προς την αποδοχή της συμμετοχής της εταιρείας «.....», καθώς η προφορά της δεν πληροί την υπ' αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης και εξ' αυτού του λόγου τυγχάνει ακυρωτέα. 2ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η υπ' αριθ. ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί τις προϋποθέσεις της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II της υπ' αριθ. Διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων). Δυνάμει της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II, το οποίο φέρει τον τίτλο « Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων» και αποτελεί ουσιώδες μέρος της εν λόγω διακήρυξης απαιτείται, μεταξύ άλλων τύπων αερισμού, ο αναπνευστήρας να εκτελεί απαραίτητως και τον παρακάτω τύπο αερισμού: «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο» (σχετ. 2, σελ. 57). Πρόκειται για

τεχνική προδιαγραφή, η οποία αποτελεί ουσιώδη ιδιότητα, την οποία απαιτείται να έχουν οι αναπνευστήρες που θα προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον όρο αυτό της διακήρυξης (ΕΣΗΔΗΣ). Ωστόσο, η υπ' αριθ. ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, με αποτέλεσμα η προσβαλλομένη να τυγχάνει ακυρωτέα ως προς το μέρος αυτό της αποδοχής της συμμετοχής της άνω εταιρείας στην περαιτέρω διαδικασία κατακύρωσης της προμήθειας του υλικού αυτού. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την Απάντηση-Τεκμηρίωση του «Πίνακα ΣΙ: Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών» της ηλεκτρονικής, τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» και ειδικότερα από την παραπομπή αυτής στα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα για την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, η απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή δεν πληρούται. Τούτο, καθώς η εταιρεία αναφέρει ότι ο αναπνευστήρας Hamilton G5, ήτοι το μοντέλο που προσφέρει για την εν λόγω διακήρυξη, διαθέτει Αερισμό προσαρμοζόμενης υποστήριξης ASV «ο οποίος μεταξύ πολλών άλλων περιλαμβάνει και αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα με τις ανάγκες του ασθενούς (παράμετροι μηχανικής των πνευμόνων & δραστηριότητα ασθενούς), χωρίς να απαιτείται κανένα ειδικό αναλώσιμο» (σχετ. 5, σελ. 5, α.α.5 τελευταία περίπτωση). Όμως, από το σύνολο των παραπομπών της εταιρείας στο ίδιο φυλλάδιο συμμόρφωσής της και προς απόδειξη της απαιτούμενης κατά το τμήμα της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής που αναφέρεται -αναλυτικά και- επί λέξει ως άνω, αλλά και στη διακήρυξη, περίπτωσης τύπου αερισμού, διαπιστώνεται ότι στην περίπτωση του λογισμικού ASV, αυτού δηλαδή που διαθέτει το μοντέλο αναπνευστήρα που προσφέρει η εταιρεία «.....», ο ιατρός θέτει τον στόχο για τον όγκο ανά λεπτό και ο αναπνευστήρας καθορίζει τον συνδυασμό του ζωτικού όγκου και του ρυθμού των αναπνοών σύμφωνα με την μηχανική του αναπνευστικού του ασθενούς (σχετ. 8, σελ. 5). Δηλαδή, το λογισμικό ASV καθορίζει τον ρυθμό των αναπνοών παρέχοντας στον ασθενή είτε αερισμό ελεγχόμενης πίεσης με στόχο τον όγκο σε παθητικούς ασθενείς (ασθενείς χωρίς αναπνευστικές προσπάθειες) ή παρέχει αερισμό πίεσης υποστήριξης και πάλι με στόχο τον όγκο σε ενεργούς ασθενείς (ασθενείς με αναπνευστικές προσπάθειες). Συμπερασματικά, το

λογισμικό (ASV), που προσφέρει η ως άνω εταιρεία παρέχει προσαρμοζόμενη υποστήριξη πίεσης μόνο με στόχο τον όγκο. Ο τύπος αερισμού (ASV), πρόκειται, συνεπώς και εν τοις πράγμασι, για έναν τύπο αερισμού με στόχο τον όγκο και όχι με στόχο την πίεση όπως απαιτεί η υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional)». Αξίζει μάλιστα να σημειωθεί ότι, τύπο αερισμού υποστήριξης πίεσης με στόχο τον όγκο, όπως το ASV, που προσφέρει η εταιρεία «.....» απαιτεί αυτοτελώς, ως διαφορετικό τύπο αερισμού, η υπ' αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή στην υποπερίπτωση 5. όπου περιγράφεται ως εξής: «Αερισμός συνεχούς θετικής πίεσης με ή χωρίς υποστήριξη όγκου (CPAP/VS)» (σχετ. 2, σελ. 57, α.α. 5, υποπερίπτωση 5). Συνεπώς, κατά να ανωτέρω προκύπτει σαφώς και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσβαλλόμενη σφάλει ως προς την αποδοχή της συμμετοχής της εταιρείας «.....», καθώς η προφορά της δεν πληροί την υπ' αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης ως προς τον τύπο αερισμού με την περιγραφή «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο» και εξ' αυτού του λόγου τυγχάνει ακυρωτέα».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. Απόψεις της εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «[...] Η καταφατική απάντηση της εταιρείας στην τεχνική προδιαγραφή με A/A 17 της διακήρυξης έγινε αποδεκτή έπειτα από την πρόταση της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, με βάση την παραπομπή στο Τεχνικό Πιστοποιητικό παρ. 17 στο οποίο παραπέμπει στο Φύλλο Συμμόρφωσής της η εταιρεία [...] (Η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Η βαθμονόμηση γίνεται πριν ο ασθενής συνδεθεί στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάσταση του). Η εταιρεία δεν απαντά στο β' σκέλος της προδιαγραφής: "Θα εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού" και δεδομένου ότι η συγκεκριμένη εκφορά του λόγου της τεχνικής προδιαγραφής "Θα εκτιμηθεί" δεν επιτάσσει την

αδήριτη και με ποινή αποκλεισμού τήρησή της, θεωρούμε ότι δεν εγείρονται εν προκειμένω θέματα μη τήρησης της τεχνικής προδιαγραφής A/A 17, εξ αυτού του λόγου. Καταληκτικώς λοιπόν και κάνοντας την αντιπαράθεση της ζητούμενης τεχνικής προδιαγραφής με A/A 17: 17. Η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός . Θα εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού. Με την απάντηση της εταιρείας με βάση την παραπομπή στο Τεχνικό Πιστοποιητικό παρ. 17 στο οποίο παραπέμπει στο Φύλλο Συμμόρφωσής της (παρατίθεται εδώ για λόγους πρακτικότητας η εισκομιζόμενη στην προσφορά της εταιρείας επίσημη μετάφραση): η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Η βαθμονόμηση γίνεται πριν ο ασθενής συνδεθεί στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάσταση του, θεωρούμε ότι η τεκμηρίωση της απάντησης της εταιρείας στην τεχνική προδιαγραφή A/A 17 είναι σαφής και περιεκτική, πληρούσα το βασικό πλαίσιο τεχνικής επάρκειας κατά τα ζητούμενα από τη διακήρυξη. Οι περιπτώσεις στις οποίες έτι αναφέρεται η εταιρεία στην προσφυγή της [...] δίνουν κατά το μάλλον την αίσθηση της υποκειμενικής (εκ μέρους της εταιρείας) θεώρησης μιας περιπτωσιολογίας καταστάσεων, όπου για την αντιμετώπιση των οποίων δεν ανευρέθηκε στο Φυλλάδιο 3 (καλούμενο έτσι από την εταιρεία) η αναφορά και παραδοχή της (κατασκευάστριας) εταιρείαςI ότι απαιτείται η αποσύνδεση του ασθενούς αφενός, αφετέρου (και εν είδει παραδείγματος) η περίπτωση β) στην οποία αναφέρεται η εταιρεία [...] θέτει το εύλογο ερώτημα ότι, αν στην προκείμενη δύσκολη κατάσταση η αυτόματη αναβαθμονόμηση του αισθητήρα ροής είναι αδύνατη, σε κάποιες άλλες καταστάσεις είναι εφικτή, και εφόσον είναι εφικτή προφανέστατα (σε αυτές τις περιπτώσεις) δεν απαιτείται η αποσύνδεση του ασθενούς, και οδηγούμεθα έτσι σε μια διελκυστίνδα συνεχόμενων υποκειμενικών κρίσεων και υποθετικών καταστάσεων. Όσον αφορά στην τεχνική προδιαγραφή με A/A 5 [...] η απαίτηση “Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο , να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο”

αποτελεί υποπερίπτωση της τεχνικής προδιαγραφής με A/A 5, και η συγκεκριμένη παράμετρος απαντάται από την εταιρεία ως κάτωθι (εκτύπωση εικόνας – printScreen):

• Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο.	• Αερισμό προσαρμοζόμενης υποστήριξης ASV ο οποίος μεταξύ πολλών άλλων περιλαμβάνει και αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα με τις ανάγκες του ασθενούς (παραμέτροι μηχανικής των πνευμόνων & δραστηριότητα ασθενούς), χωρίς να απαιτείται κανένα ειδικό αναλώσιμο. Επίσης διαθέτει αερισμό άρσης πίεσης αεραγωγών – APRV & αερισμό με δυνατότητα αντιστάθμισης ενδοτραχειακών αντιστάσεων TRC	Φυλλάδιο 3, σελ. 91, 112, 113, 115, 127, 129, 130, 131, παρ. 5 Φυλλάδιο 4, σελ. 3 έως 11, παρ. 5 Τεχνικό Πιστοποιητικό, παρ. 5
--	---	--

Η αναδίφηση στο υλικό τεκμηρίωσης που παρέθεσε η εταιρεία είχε καταδείξει τα κάτωθι (εκτύπωση εικόνας- printScreen από Τεχνικό Πιστοποιητικό) :

- ASV mode among many others, includes proportional pressure support according to the patient's needs (parameters of lung mechanics & patient activity), without requiring any special consumables. **5**

και η επίσημη μετάφραση:

- Ο τύπος αερισμού ASV μεταξύ πολλών άλλων, περιλαμβάνει αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα με τις ανάγκες του ασθενούς (παραμέτρους της μηχανικής των πνευμόνων και της δραστηριότητας του ασθενή), χωρίς να απαιτούνται ειδικά αναλώσιμα.

Περαιτέρω και με τις παραπομπές της στο Φυλλάδιο 3 & Φυλλάδιο 4, η εταιρεία παρουσιάζει λεπτομέρειες της μεθόδου και αναφέρει ότι ο τελικός στόχος της διαδικασίας είναι η κατεύθυνση του ασθενούς σε διαδικασία weaning, δηλαδή σε αποδιασωλήνωσή του [...] Η εταιρεία αναφέρεται σε ιδιαίτερες επιστημονικές παραμέτρους της μεθόδου του αερισμού αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional), αμφισβητώντας τον τρόπο με τον οποίο επιτυγχάνεται η εν λόγω διαδικασία από την εταιρεία, παρά τη σαφή διαβεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας περί τούτου:

- Ο τύπος αερισμού ASV μεταξύ πολλών άλλων, περιλαμβάνει αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα με τις ανάγκες του ασθενούς (παραμέτρους της μηχανικής των πνευμόνων και της δραστηριότητας του ασθενή), χωρίς να απαιτούνται ειδικά αναλώσιμα.

Εν κατακλείδι, ως αναθέτουσα αρχή θεωρούμε ότι ορθά έγινε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας στον συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

..... του διαγωνισμού για την προμήθεια τους είδους «ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ» προϋπολογισμού **50.000,00€** συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, στα πλαίσια του υπ' αριθ. Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας -τιμής για την **«ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΒΙΟΪΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ - ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ»** μέσω του Ε.Π. «.....» του ΕΣΠΑ 2014-2020 για τις ανάγκες του Γ.Ν. (Ν.Μ.), συνολικού προϋπολογισμού **#410.000,00€** # συμπ. Φ.Π.Α. 24%, δεδομένου ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας αξιολογήθηκε ως συνάδουσα και εναρμονιζόμενη επαρκώς με τις τεχνικές προδιαγραφές με Α/Α 17 και Α/Α 5 για την προμήθεια του είδους «ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ» του αριθμού ΕΣΗΔΗΣ του διαγωνισμού, με την καθ' ημάς σαφή απόδειξη της τήρησής των μέσω του παρατιθέμενου εκ της εταιρείας (για το κατασκευαζόμενο εκ της εταιρείας είδος που προσέφερε) υλικού τεκμηρίωσης της προσφοράς».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα απαντά στις αιτιάσεις της δεύτερης προσφεύγουσας ως εξής: «[...] Επί του προβαλλόμενου πρώτου λόγου προσφυγής - Νόμω και ουσία αβάσιμο του προβληθέντος ισχυρισμού της προσφεύγουσας - έλλειψη πλημμέλειας που να καθιστά την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας μας απορριπτέα Η προσφεύγουσα επιδιώκει να παρουσιάσει υποτιθέμενη μη συμμόρφωση στο πρώτο εδάφιο της τεχνικής προδιαγραφής 17 και δη με λεγόμενη δημιουργική κατά το δοκούν ερμηνεία που θα αποδείξουμε ότι δεν υφίσταται, δεν εννοείται και δεν υποκρύπτεται στην εν λόγω προδιαγραφή. Προς διασαφήνιση της αλήθειας και αντίκρουση της προβληθείσης από την προσφεύγουσα αιτίας της λεκτέα τα ακόλουθα: Αναφορικά με το πρώτο εδάφιο της τεχνικής προδιαγραφής «Η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός», η απάντηση της εταιρείας μας στο κατατιθέμενο πίνακα Σ1-Φύλλο Συμμόρφωσης και του κατασκευαστικού οίκου στο προς παραπομπή τεχνικό πιστοποιητικό, παρ. 17, υπήρξε ρητή, σαφής και αδιαμφισβήτητη. Η βαθμονόμηση των αισθητήρων στον αναπνευστήρα HAMILTON-G5 γίνεται πριν

να συνδεθεί ο ασθενής, ήτοι πριν ξεκινήσει ο μηχανικός αερισμός. Αποτελεί ένα σκέλος της διαδικασίας προετοιμασίας της συσκευής η οποία ονομάζεται *preoperational check* (βλέπετε συνημμένο 1- απόσπασμα *Operator's Manual*, σελ. 79 από το συνολικό εγχειρίδιο που έχει κατατεθεί στη τεχνική προσφορά μας) δηλαδή προλειτουργικός έλεγχος και λαμβάνει χώρα πριν την σύνδεση του ασθενούς στον αναπνευστήρα, άρα πριν την έναρξη του μηχανικού αερισμού. Εδώ συνεπώς τίθεται η εύλογη απορία ερώτημα, πως είναι δυνατόν να διακοπεί κάτι το οποίο ακόμη δεν έχει ξεκινήσει; Εν συνεχεία η ενάγουσα ερμηνεύει εντέχνως επί σκοπώ εξεύρεσης δήθεν πλημμέλειας στην προσφορά μας την τεχνική προδιαγραφή γράφοντας κατά λέξη “η βαθμονόμηση των οποίων (εννοούν των αισθητήρων) μόνο κατά το χρονικό διάστημα προ της σύνδεσης του ασθενούς στον αναπνευστήρα και όχι κατά την διάρκεια του μηχανικού αερισμού, όπως ρητά ζητείται από την απαιτούμενη προδιαγραφή 17”. Με όποιον τρόπο ωστόσο και με όποια τεολογική/διασταλτική ερμηνεία επιχειρήσουμε να μελετήσουμε το εδάφιο της τεχνικής προδιαγραφής, αδυνατούμε να εξάγουμε από κάποιο σημείο της προδιαγραφής το συμπέρασμα ότι ρητώς ζητείται ή εννοείται η συνάγεται ότι πρέπει να εκτελείται η βαθμονόμηση κατά την διάρκεια του μηχανικού αερισμού. Το σαφές κι αδιαμφισβήτητο και μοναδικό ζητούμενο της προδιαγραφής είναι να μην διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός και όχι ο ακριβής χρονικός προσδιορισμός πότε να τελείται η βαθμονόμηση (πριν, μετά ή κατά την διάρκεια του αερισμού). Τέλος, αναφορικά με την αιτίαση της προσφεύγουσας για τις τρεις περιπτώσεις “*Check flow sensor tubing, flow sensor calibration needed & O2 sensor calibration needed*”, αυτές αποτελούν δυσλειτουργίες-βλάβες, όπου ο αισθητήρας ροής χρήζει αντικατάστασης και εκ των πραγμάτων όταν ένα εξάρτημα του αναπνευστήρα υποστεί βλάβη, η λειτουργία διακόπτεται έως την αποκατάσταση του προβλήματος που προέκυψε. Εάν υιοθετηθεί αυτή η ακραία άποψη σαν επιχείρημα περί μη πλήρωσης της προδιαγραφής, οφείλουμε να δεχθούμε ότι στην περίπτωση αυτή κάθε αναπνευστήρας ΜΕΘ οποιουδήποτε κατασκευαστικού οίκου, συμπεριλαμβανομένου και του προσφερόμενου από την μοντέλου *Evita Infinity V500* θα πρέπει να απορριφθεί, αφού η

αντικατάσταση οποιουδήποτε εκ των δύο αισθητήρων (ροής και 02) γίνεται αφού σταματήσει ο μηχανικός αερισμός, προκειμένου οι χρήστες και οι τεχνικοί του νοσοκομείου να προβούν σε ενέργειες αποκατάστασης της βλάβης, έστω και εάν αυτές είναι σύντομες. Συμπερασματικά, αποδεικνύεται ότι ουδεμία πλημμέλεια και δη επί ποινή αποκλεισμού δεν υφίσταται αναφορικά με την πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής από την τεχνική μας προσφορά, όπως εξάγεται εύκολα από το σύνολο των κατατιθέμενων στοιχείων, το φύλλο συμμόρφωσης, τις παραπομπές και το τεκμηριωτικό συνοδευτικό υλικό. Ορθώς συνεπώς κρίθηκε η προσφορά της εταιρείας μας τεχνικά αποδεκτή και αξιολογήθηκε εντός προδιαγραφών. Για τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθεί η αιτίαση της προσφεύγουσας για τον προβληθέντα πρώτο λόγο της προσφυγής της [...] Επί του προβαλλόμενου δεύτερου λόγου προσφυγής – αοριστία προβαλλόμενου ισχυρισμού - έλλειψη στοιχειοθέτησης πλημμελειών τεχνικής προσφοράς παρεμβαίνουσας – αντίθεση προβαλλόμενου ισχυρισμού με την πραγματική εικόνα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας Αναφορικά με την πλημμέλεια που καταλογίζει η προσφεύγουσα στην παρεμβαίνουσα εταιρεία μας για την τεχνική προδιαγραφή 5 περί μη πλήρωσης της απαίτησης ο προσφερόμενος αναπνευστήρας να εκτελεί απαραίτητα τον παρακάτω τύπο υποχρεωτικού και αυτόματου αερισμού: Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional), λεκτέο ότι η προσφεύγουσα περιγράφει αορίστως και προβαίνει σε αυθαίρετη ερμηνεία και συμπεράσματα προς εξυπηρέτηση του σκοπού της να απορριφθεί η προσφορά μας, αναπτύσσοντας ένα μακροσκελές και κατά την άποψη μας μη ουσιώδες αφήγημα επί σκοπώ δημιουργίας εντυπώσεων και μόνο. Η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή απαιτεί την χορήγηση υποστήριξη πίεσης με αναλογικό τρόπο και αυτό γίνεται είτε με τον αερισμό PPS που διαθέτει ο προσφερόμενος από την προσφεύγουσα αναπνευστήρας Evita Infinity V500 είτε με τον αερισμό ASV που διαθέτει ο προσφερόμενος από την παρεμβαίνουσα εταιρεία μας αναπνευστήρας HAMILTON-G5, απλά εκτελείται με διαφορετικό τρόπο. Η προδιαγραφή σαφώς και δεν ορίζει ρητώς ούτε υπονοεί / κατευθύνει τον τρόπο με τον οποίο θα πρέπει να υλοποιείται η απαίτηση, οπότε δεν γίνεται αντιληπτό ούτε προβάλλει η

προσφεύγουσα αιτιολογία για ποιον λόγο ο τρόπος που ακολουθεί ο προσφερόμενος αναπνευστήρας της προσφεύγουσας είναι ο σωστός και ο ζητούμενος και για ποιον λόγο ο τρόπος που ακολουθεί ο προσφερόμενος αναπνευστήρας της παρεμβαίνουσας εταιρείας μας είναι ο εσφαλμένος και έδει να οδηγήσει σε απόρριψη. Ο αερισμός ASV (Adaptive Support Ventilation) ο οποίος στα ελληνικά μεταφράζεται ως Αερισμός Προσαρμοζόμενης Υποστήριξης, προσαρμόζει με αναλογικό τρόπο την πίεση υποστήριξης προς τον ασθενή λαμβάνοντας υπόψιν τις αλλαγές της κλινικής κατάστασης του ασθενούς (αλλαγές στις μηχανικές ιδιότητες των πνευμόνων) και μάλιστα το κάνει με αυτόματο τρόπο χωρίς συνεχείς παρεμβάσεις των ιατρών, πλην κάποιων βασικών παρεμβάσεων κατά τις πρώτες ώρες της θεραπείας του. Έτσι ο αναπνευστήρας χορηγεί αυτόματα και αναλογικά (proportional) την πίεση υποστήριξης με σκοπό την σταδιακή μείωση της τελευταίας, ώστε ο ασθενής να εισέλθει με επιτυχία και με τις μικρότερες δυνατές παρεμβάσεις στην τελική φάση απογαλακτισμού του από τον αναπνευστήρα που είναι και το ζητούμενο για κάθε μηχανικά υποστηριζόμενο ασθενή. Παράλληλα, εξασφαλίζει έναν ελάχιστο όγκο ανά λεπτό στον ασθενή, και τον προστατεύει από τις περιπτώσεις άπνοιας, βαροτραύματος, ογκοτραύματος, επιπόλαιου ρηχού αερισμού ή αερισμού με ταχύπνοια. Με άλλα λόγια, όπως διαβεβαιώνει και στο τεχνικό πιστοποιητικό του ο κατασκευαστικός οίκος, στο οποίο παραπέμπουμε στο κατατιθέμενο φύλλο συμμόρφωσης και συμπεριλάβαμε στην τεχνική προσφορά μας, ο αερισμός ASV μεταξύ πολλών άλλων εμπεριέχει αναλογική χορήγηση πίεσης υποστήριξης δηλαδή *proportional pressure support*. Προς επίρρωση δε των παραπάνω επισυνάπτουμε ως συνημμένο 2 το φυλλάδιο 4 που έχει ήδη κατατεθεί στην τεχνική προσφορά μας και στο οποίο Η παραπέμπουμε για την εν λόγω προδιαγραφή, όπου στη σελίδα 5 του φυλλαδίου 4 σχετικά με ενεργούς αναπνευστικά ασθενείς ο κατασκευαστικός Οίκος αναφέρει τα εξής: "ASV in active patients In spontaneously breathing patients, ASV is a volume-targeted pressure support mode with automatic adjustment of pressure support according to the spontaneous respiratory rate. The automatic decrease of pressure support, when the patients recover their respiratory strength is very

useful for weaning. ASV can also be used to perform a weaning trial before extubation”, ήτοι: “Ο ASV σε ενεργούς ασθενείς Σε αυθόρμητα αναπνέοντες ασθενείς, ο ASV είναι ένας στοχευμένου-όγκου υποστήριξης πίεσης τύπος αερισμού με αυτόματη ρύθμιση της πίεσης υποστήριξης σε σχέση με την τον αυθόρμητο ρυθμό αναπνοής του ασθενούς. Η αυτόματη μείωση της πίεσης υποστήριξης, όταν οι ασθενείς ανακτήσουν την αναπνευστική τους ισχύ είναι πολύ χρήσιμη για απογαλακτισμό. Ο ASV μπορεί επίσης να χρησιμοποιηθεί για την πραγματοποίηση μίας δοκιμής απογαλακτισμού πριν αποδιασωλήνωση”. Συμπερασματικά γίνεται κατανοητό ότι δεν απαιτείται να είναι κάποιος γνώστης του μηχανικού αερισμού προκειμένου να καταλάβει ότι ο αερισμός ASV παρέχει αναλογικό τρόπο υποστήριξης πίεσης, πολύ περισσότερο δε που στη Μ.Ε.Θ. του εν λόγω Νοσοκομείου ήδη βρίσκονται εγκατεστημένοι εδώ και δύο έτη αναπνευστήρες HAMILTON-G5, που λειτουργούν οι εντατικολόγοι του τμήματος με χρήση του αερισμού ASV καθημερινά και οι οποίοι προφανώς κατανοούν άριστα λόγω της ειδίκευσης τους τον τρόπο με τον οποίο εφαρμόζεται αναλογικά η πίεση υποστήριξης στους ασθενείς. Τέλος, η αναφορά της προσφεύγουσας στην υποπερίπτωση 5 της τεχνικής προδιαγραφής όπου ζητείται αερισμός συνεχούς θετικής πίεσης με ή χωρίς υποστήριξη όγκου (CPAP/VS), γίνεται αποκλειστικά για αποπροσανατολισμό, αφού πρόκειται για διαφορετικό τύπο αερισμού τον οποίον επίσης προσφέρουμε και για τον οποίον έχουμε απαντήσει σχετικά και παραπέμπει σε άλλο τεκμηριωτικό υλικό, ήτοι στο Φυλλάδιο 3, σελ. 112, 113, 115, 118, 119, παρ. 5 και δεν χρήζει περαιτέρω αντίκρουσης [...]».

14. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο

367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται 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.

15. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 (Τεχνικές προδιαγραφές) προβλέπονται τα εξής: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' 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. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις. 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 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», 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». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. 8. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορούν να εγκρίνονται προδιαγραφές και κανονισμοί που αναφέρονται στον τρόπο κατασκευής των έργων και στην ποιότητα, στον τρόπο σύνθεσης και επεξεργασίας, στη χρήση και στον έλεγχο των υλικών κατασκευής των έργων. Με την απόφαση αυτή μπορεί να ορίζεται αν οι θεσπιζόμενες προδιαγραφές είναι υποχρεωτικές σε κάθε περίπτωση ή ισχύουν προαιρετικά ή ισχύουν ως ελάχιστα όρια. 9. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, κατά την κατάρτιση

των τεχνικών προδιαγραφών οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τις ενιαίες προδιαγραφές που εκπονούνται από τις ΕΚΑΑ των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 41 και αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ. Στις περιπτώσεις διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης η οποία διενεργείται από ΚΑΑ, οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται είτε από την αναθέτουσα αρχή είτε από την ΚΑΑ. Αν έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχονται, τροποποιούνται, όπου απαιτείται, και εγκρίνονται από την ΚΑΑ».

16. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

17. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα».

18. Επειδή, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στο Παράρτημα II της διακήρυξης, οι τεχνικές προδιαγραφές υπ' αριθμ. 5, 15 και 17 των Αναπνευστήρων (Τμήμα 3) έχουν ως εξής: «[...] 5. Να εκτελεί απαραίτητως τους παρακάτω τύπους υποχρεωτικού και αυτόματου αερισμού: Υποχρεωτικό αερισμό ελεγχόμενο και ελεγχόμενο υποβοηθούμενο, όγκου και πίεσης (VCV, VCV-AC, PCV, PCV-AC), Συγχρονισμένο διαλείποντα υποχρεωτικό αερισμό όγκου και πίεσης (VC-SIMV, PC-SIMV), Αερισμό διφασικής πίεσης (BIPAP), Αερισμό συνεχούς θετικής πίεσης με ή χωρίς υποστήριξη πίεσης (CPAP/PS), Αερισμό συνεχούς θετικής πίεσης με ή χωρίς υποστήριξη όγκου (CPAP/VS), Αερισμό όγκου με την χαμηλότερη δυνατή πίεση με ή χωρίς δυνατότητα συγχρονισμού και πίεση υποστήριξης, Αερισμό αναλογικής

υποστήριξης πίεσης (*Proportional*). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο [...], 15. Να διαθέτει συναγερμούς (*Alarms*) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις: Υψηλή και χαμηλή πίεση αερισμού, Άπνοια, Χαμηλό και υψηλό εκπνεόμενο όγκο ανά λεπτό και όγκο αναπνοής (TV), Χαμηλή και υψηλή συγκέντρωση εισπνεόμενου οξυγόνου, Υψηλή και χαμηλή αναπνευστική συχνότητα, Πτώση τροφοδοσίας στο κεντρικό δίκτυο αέρα- οξυγόνου, Χαμηλό επίπεδο φόρτισης μπαταρίας, Βλάβη συσκευής [...] 17. Η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Θα εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού [...]».

19. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999,, σκέψη 111 κλπ).

20. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της

δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94,, σκέψη 54 κλπ).

21. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011).

22. Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαραίτους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣτΕ ΕΑ 409/2009, ΔΕφΑθ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015).

23. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας σχετικά με την τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» περί μη πλήρωσης της τεχνικής προδιαγραφής υπ' αριθμ. 15, επισημαίνονται τα εξής: από την επισκόπηση της προσφοράς της «.....» προκύπτει ότι προσέφερε τον αναπνευστήρα Infinity Acute Care System Workstation Critical Care Evita Infinity V500, ο οποίος διαθέτει απευθείας συναγερμό για την υψηλή αναπνευστική συχνότητα (RR), ενώ μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης αναπνευστικής συχνότητας (RR) ηχεί επίσης ένας συναγερμός για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας, χωρίς ωστόσο να προβλέπεται αυτοτελής συναγερμός για την περίπτωση αυτή. Λαμβάνοντας υπόψη ότι, όπως αναφέρεται στη σκέψη 22 ανωτέρω, όλες οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν ουσιώδεις και απαραίτους όρους της διακήρυξης και δεδομένου ότι η διακήρυξη ζητούσε ρητά στο Παράρτημα II (τεχνική προδιαγραφή 15) την ύπαρξη συναγερμών κατ' ελάχιστον για τις προβλεφθείσες περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων η υψηλή και

η χαμηλή αναπνευστική συχνότητα, διαπιστώνεται ότι η τεχνική προσφορά της εν λόγω εταιρείας πράγματι παραβιάζει υποχρεωτικό όρο της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η ειδοποίηση για την περίπτωση της χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας μέσω του συναγερμού του χρόνου άπνοιας εν προκειμένω δεν μπορεί να υποκαταστήσει την τεθείσα προδιαγραφή, καθώς η διακήρυξη προέβλεπε ρητά για την άπνοια ξεχωριστό συναγερμό και, επιπροσθέτως, όπως βάσιμα προβάλλει η πρώτη προσφεύγουσα, στην τεχνική προσφορά δεν εξειδικεύεται τυχόν διαφορετικός τρόπος να ηχήσει ο συναγερμός της άπνοιας στην περίπτωση της χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας, ούτως ώστε να διερευνηθεί η περίπτωση κάλυψης της προδιαγραφής με ισοδύναμο τρόπο. Ο δε ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η απαίτηση για «*χαμηλή αναπνευστική συχνότητα*» αφορά μόνο μια υποπερίπτωση μερικότερης τεχνικής προδιαγραφής, αποτελούσας της τελευταίας μιας εκ των συνιστωσών της (συνολικής) τεχνικής προδιαγραφής με Α/Α 15 της διακήρυξης, είναι αληθής, πλην όμως δεν άγει στο συμπέρασμα που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι η πρώτη Προσφυγή «*αποτελεί μια πολύ λεπτομερειακή και επιτηδευμένη προσέγγιση που τελικώς δεν συνάδει με το πνεύμα της αξιολόγησης των τεχνικών προδιαγραφών των συμμετεχόντων, ωσαύτως θα υπήρχε ο δυνητικός κίνδυνος στην τεχνική αξιολόγηση έκαστης συμμετέχουσας εταιρείας να επηρεαστούν υποκειμενικές κρίσεις*». Αντίθετα, ο υποχρεωτικός χαρακτήρας των τεχνικών προδιαγραφών αφορά στο σύνολο αυτών, ειδικώς δε και στις υποπεριπτώσεις μερικότερων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται στη διακήρυξη κατά τρόπο σαφή. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής ότι σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 περί ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, η καταφατική απάντηση στο φύλλο συμμόρφωσης της εταιρείας για τη συγκεκριμένη προδιαγραφή αποδεικνύεται από την παράθεση στα συνημμένα της προσφοράς της τεχνικά έγγραφα του τρόπου επίτευξης της διαδικασίας ενεργοποίησης του συναγερμού (θεωρώντας ότι έτσι θεραπεύει την απαίτηση περί ύπαρξης συναγερμού χαμηλής συχνότητας), θα πρέπει να σημειωθεί ότι αφενός δεν συνάδει με τη

γραμματική διατύπωση της εν λόγω προδιαγραφής που απαιτούσε ξεχωριστό συναγερμό για την εν λόγω περίπτωση και αφετέρου, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, ούτως ή άλλως δεν επεξηγείται από τα έγγραφα της προσφοράς με ποιον τρόπο διαφοροποιείται ο ήχος του συναγερμού για τη χαμηλή αναπνευστική συχνότητα από τον ήχο για την άπνοια, ώστε να αντιμετωπιστεί αναλόγως. Σημειώνεται ότι η συγκεκριμένη πλημμέλεια δεν θα ήταν δυνατό να θεραπευτεί στο πλαίσιο του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς δεν πρόκειται για επουσιώδη ασάφεια δεκτική διευκρίνισης, αλλά για ουσιώδη παράλειψη, της οποίας η εκ των υστέρων συμπλήρωση θα τροποποιούσε την προσφορά, προσδίδοντας ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εν λόγω εταιρεία έναντι της πρώτης προσφεύγουσας, Καταληκτικά, η τεχνική προσφορά της εταιρείας για το Τμήμα 3 δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθμ. 15 της διακήρυξης και, συνακόλουθα, ο μοναδικός λόγος της πρώτης Προσφυγής είναι βάσιμος και θα πρέπει να γίνει δεκτός.

24. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς της δεύτερης προσφεύγουσας σχετικά με την τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» (παρεμβαίνουσας) περί μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών υπ' αριθμ. 5 και 17, επισημαίνονται τα εξής: (1) Η τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθμ. 5 απαιτούσε ο προσφερόμενος αναπνευστήρας να εκτελεί απαραίτητως συγκεκριμένους τύπους υποχρεωτικού και αυτόματου αερισμού, μεταξύ των οποίων και τον «*αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional)*». Η παρεμβαίνουσα προσέφερε τον αναπνευστήρα Hamilton G5, δηλώνοντας στο φύλλο συμμόρφωσης ότι πληρούται η εν λόγω προδιαγραφή και, από τα έγγραφα της προσφοράς της (Φυλλάδια 3 και 4) προέκυψε ότι το μοντέλο που προσφέρει διαθέτει αερισμό προσαρμοζόμενης υποστήριξης ASV «*ο οποίος μεταξύ πολλών άλλων περιλαμβάνει και αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα με τις ανάγκες του ασθενούς (παράμετροι μηχανικής των πνευμόνων & δραστηριότητα ασθενούς), χωρίς να απαιτείται κανένα ειδικό αναλώσιμο*». Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας πληροί την τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθμ. 5. Ο ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας ότι το λογισμικό ASV του προσφερόμενου μοντέλου αναπνευστήρα που

προσφέρει η εταιρεία «.....», παρέχει προσαρμοζόμενη υποστήριξη πίεσης μόνο με στόχο τον όγκο και όχι την πίεση *«όπως απαιτεί η υπ' αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή της παρ. 3 του Παραρτήματος II»* ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς η τεχνική προδιαγραφή περιοριζόταν σε αναφορά σε αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης, χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση. Ειδικότερα, όπως ορθά επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της, η δεύτερη προσφεύγουσα θέτει με την Προσφυγή της επιστημονικές παραμέτρους σχετικά με τον τρόπο λειτουργίας του λογισμικού του προσφερόμενου μοντέλου, οι οποίες δεν ζητούνταν από τη διακήρυξη και, κατά συνέπεια, σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσαν εν προκειμένω να οδηγήσουν σε απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Τέλος, όπως βάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή απαιτούσε τη χορήγηση υποστήριξης πίεσης με αναλογικό τρόπο, η οποία επιτυγχάνεται είτε με τον αερισμό PPS που διαθέτει ο προσφερόμενος από τη δεύτερη προσφεύγουσα αναπνευστήρας Evita Infinity V500, είτε με τον αερισμό ASV, που διαθέτει ο προσφερόμενος από την ίδια αναπνευστήρας HAMILTON-G5. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας περί μη πλήρωσης της τεχνικής προδιαγραφής υπ' αριθμ. 5 από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας. (2) Η τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθμ. 17 απαιτούσε η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός, ενώ ανέφερε συμπληρωματικά ότι επρόκειτο να εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού. Στο πλαίσιο αυτό, η παρεμβαίνουσα ανέφερε στην προσφορά της ότι στον προσφερόμενο από εκείνη αναπνευστήρα, *«η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός αφού πραγματοποιείται πριν την σύνδεση του ασθενούς στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάσταση του»*. Ο ισχυρισμός της δεύτερης προσφεύγουσας ότι η πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής δεν αποδεικνύεται από το «Τεχνικό Πιστοποιητικό» που επικαλείται και προσκομίζει η παρεμβαίνουσα για τον λόγο ότι η βαθμονόμηση

εκτελείται μεν αυτόματα, αλλά τούτο συμβαίνει μόνο κατά το χρονικό διάστημα προ της σύνδεσης του ασθενούς στον αναπνευστήρα και όχι κατά τη διάρκεια του μηχανικού αερισμού, είναι αβάσιμος, για τον λόγο ότι η διακήρυξη δεν έθετε ως πρόσθετη προϋπόθεση η βαθμονόμηση να γίνεται ενόσω ο ασθενής είναι συνδεδεμένος με τον αναπνευστήρα. Η δε αναφορά της δεύτερης προσφεύγουσας στο Φυλλάδιο 3 (εγχειρίδιο χρήσης) του αναπνευστήρα Hamilton G5 και συγκεκριμένα στον πίνακα με περιπτώσεις όπως αυτές των «Alarm» («Συναγερμός»), με τα αντίστοιχα «Definition» («Ορισμός») και «Action needed» («Ενέργειες που απαιτούνται»), ουδόλως αποδεικνύει τη μη πλήρωση της προδιαγραφής 17, καθώς – όπως βάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα – πρόκειται για ενέργειες που απαιτούνται σε περιπτώσεις βλάβης ή δυσλειτουργίας, κατά τις οποίες η λειτουργία του αναπνευστήρα διακόπτεται εκ των πραγμάτων, προκειμένου να αντικατασταθεί ο αισθητήρας ροής. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας πληροί την τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθμ. 17 και ότι θα πρέπει να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της δεύτερης προσφεύγουσας.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η πρώτη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η ασκηθείσα Παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα, ποσού 600,00€ και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα, ποσού 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό ΓΑΚ 1016/13.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας «.....».

Απορρίπτει την υπό ΓΑΚ 1034/16.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας «.....».

Δέχεται την Παρέμβαση της εταιρείας «.....» επί της δεύτερης Προσφυγής.

Ακυρώνει το Απόσπασμα Πρακτικού της Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες).

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 600,00€, στην πρώτη προσφεύγουσα.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 600,00€, που κατέβαλε η δεύτερη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12.09.2019 και εκδόθηκε στις 02.10.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Τσουλούφα Αργυρώ