

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη
- Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ
Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 11.03.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
527/11.03.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής
(ΑΔΑ: ...) – κατ' αποδοχή των υπ' αρ. ..., ...και ...Πρακτικών της Τριμελούς
Γνωμοδοτικής Επιτροπής - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου
ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια και
εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού νοσοκομείων», (CPV:...), συνολικού
προϋπολογισμού 850.807€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την
πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σε ευρώ ανά
Ομάδα Ειδών (υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί
καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως
διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η

υποβληθείσα Προσφορά της , με συνέπεια να αναδειχθεί 1^η σε σειρά κατάταξης ως προς την επίμαχη Ομάδα 8 «Μηχανήματα τεχνητού νεφρού» του υπόψη Διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων δέκα εννέα ευρώ και τριάντα έξι λεπτών 2.419,36€, αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 11.03.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 527/11.03.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 850.807€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, 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 του

Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 02.03.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμό ... Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η σε σειρά κατάταξης στην επίμαχη Ομάδα 8 «Μηχανήματα τεχνητού νεφρού» του υπόψη Διαγωνισμού, με προσφερόμενη τιμή 369.800,00€ πλέον Φ.Π.Α.), με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του ανταγωνιστή της και συγκεκριμένα, κατά του προσωρινού μειοδότη. Το δε έννομο συμφέρον της της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της Προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

Όπως δε ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα σε σχέση με το έννομο συμφέρον της προς άσκηση της παρούσας Προσφυγής (βλ. σελ. 11): *«Εξάλλου, όπως έχει κριθεί από τη διοικητική νομολογία της Αρχής Σας (οράτε ΑΕΠΠ 764/2020, σκ. 15), τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας (οράτε ΣτΕ 1573/2019), αλλά και του Δ.Ε.Ε. (C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36), κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται παρά το νόμο και/ή τη Διακήρυξη δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως ή, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, με την οποία έχει χωρήσει εσφαλμένη*

αξιολόγηση και βαθμολόγηση των Τεχνικών Προσφορών και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία. έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 4042 της ανωτέρω C-54/18).»

A) Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. ...Απόφαση της Ο.Ε. της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η Προσφορά της εταιρίας «...» (με προσφερόμενη τιμή 313.400,00€ πλέον Φ.Π.Α.), με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης, μολοντί δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας Διακήρυξης (απαράβατοι όροι).

● **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Πλημμελής συμπλήρωση του Φύλλου Συμμόρφωσης**

Καταρχάς, η προσφεύγουσα παραπέμπει στις προσβαλλόμενες τεχνικές απαιτήσεις (βλ. σελ. 7 και επόμε. της Προσφυγής), αναφέροντας ότι: «[...] *Ιδίως, προβλέφθηκαν ως προς την Ομάδα 8: Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού - Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης – Αιμοδιήθησης - Αιμοδιαδιήθησης- OnLine Μεθόδων (Τεχνική Προδιαγραφή 28B), οι εξής τεχνικές προδιαγραφές:*

«... 6. Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. [...] 24. Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης). Τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές, φίλτρα αιμοκάθαρσης κ.λ.π),

για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.».

Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα: «Από το Φύλλο Συμμόρφωσης που υποβλήθηκε από την εταιρία «...» προκύπτει σαφώς ότι ο προσφερόμενος από αυτή τύπος μηχανήματος δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές 28B του Β' μέρους «Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές- Εξοπλισμός ΕΚΑ» του Παραρτήματος II της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης της Οικονομικής Επιτροπής της ...και ειδικότερα, δεν πληροί τις υποχρεωτικές τεχνικές απαιτήσεις για μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) των αρτηριοφλεβικών γραμμών που δέχεται το μηχάνημα (αρ. 6 του κεφαλαίου «ΟΜΑΔΑ 8: ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ, ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ - ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ ΟΝ LINE ΜΕΘΟΔΩΝ- ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 28B του Παραρτήματος II της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης), ομοίως δε των αναλωσίμων υλικών προκειμένου για τη διενέργεια των μεθόδων της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on line Παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης) (αρ. 24 του κεφαλαίου «ΟΜΑΔΑ 8: ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ, ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ -ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ ΟΝ LINE ΜΕΘΟΔΩΝ- ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 28B του Παραρτήματος II της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης).

Ειδικότερα όσον αφορά στις αρτηριοφλεβικές γραμμές, στο Φύλλο Συμμόρφωσης που υπέβαλε, και δη στο πεδίο 6 του Πίνακα που αφορά την απαίτηση μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αρτηριοφλεβικών γραμμών που δέχεται το μηχάνημα, η «...» απάντησε επί λέξει ότι: «Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών — δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016.». Η απάντηση αυτή της ανωτέρω εταιρίας δεν συνιστά επαλήθευση των ως άνω απαιτούμενων χαρακτηριστικών. Μάλιστα, ούτε και από τις Παραπομπές της προκύπτει

οποιαδήποτε αναφορά στην υποχρεωτική απαίτηση του σημείου 6. Συγκεκριμένα:

α) Στη σελ. 3 παρ. 5 της Αναλυτικής Τεχνικής Προσφοράς της, όπου παραπέμπει, ως προς τις αρτηριοφλεβικές γραμμές αναφέρονται επί λέξει τα αυτά ως ανωτέρω, χωρίς άλλη διευκρίνιση ή πληροφορία ικανή ή έστω χρήσιμη προς επαλήθευση των απαιτούμενων χαρακτηριστικών,

β) Στη Βεβαίωση Αναλωσίμων της, όπου επίσης παραπέμπει, ως προς τις αρτηριοφλεβικές γραμμές αναφέρονται ομοίως επί λέξει τα ανωτέρω (παρ. 1), ενώ αντιθέτως ως προς τις φύσιγγες ρητώς αναγράφεται ότι αυτές δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (παρ.2).

γ) Στο *Operational manual*, και δη στα κεφ. 1 σελ.1/57 παρ. 1.9.1 και 1.9.2, κεφ. 3 σελ. 3/14 παρ. 3.5, κεφ. 3 σελ. 3/25 παρ. 3.6.4, κεφ. 3/27 παρ. 3.6.5, κεφ. 9 σελ. 9/37 παρ. 9.8, όπου επίσης παραπέμπει η ανωτέρω εταιρία ομοίως δεν υπάρχει καμία αναφορά ή επαλήθευση της υποχρεωτικής απαίτησης μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο των αρτηριοφλεβικών γραμμών που δέχεται το μηχάνημα.

Στο πεδίο 24 του Πίνακα του Φύλλου Συμμόρφωσης τίθεται ως υποχρεωτική απαίτηση η μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αναλωσίμων υλικών (γραμμών, φίλτρων αιμοκάθαρσης κλπ) που δέχεται το μηχάνημα για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων. Στο πεδίο αυτό η «...» απάντησε επί λέξει ότι «Διενεργεί τις σύγχρονες μεθόδους παραλλαγής της συμβατικής αιμοκάθαρσης (Αιμοδιήθηση και Αιμοδιαδιήθηση με on-line Παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης) ON LINE HF και ON LINE HDF με δυνατότητα αυτόνομης παρασκευής διαλύματος υποκατάστασης. Χρησιμοποιεί όλα τα σύγχρονα φίλτρα για παραλλαγές, ήτοι φίλτρα high flux, middle flux, high efficiency κλπ όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων και εργοστασίων. Παρέχεται η δυνατότητα στο χρήστη να αλλάζει συνεχώς και κατ' επιλογή, τους τύπους/είδη θεραπείας και παραμέτρους τους, κατά τη διάρκεια κάθε συνεδρίας. Η συσκευή έχει ενσωματωμένο σύστημα παρασκευής υπέρ- καθαρού τελικού αποστειρωμένου διαλύματος αιμοκάθαρσης (συμβατικής & παραλλαγών της).

Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016. Επιπλέον, εκτελεί αυτόματα ή κατ' επιλογή του χρήστη την προετοιμασία εξωσωματικού κυκλώματος πλήρωση έκπλυση φίλτρου + γραμμών (Priming), τη διαδικασία αποσύνδεσης με έκπλυση επιστροφής (wash back) και την επείγουσα έγχυση επί ανάγκης (bolus) με το on-line παρασκευαζόμενο διάλυμα (υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης) χωρίς επιπλέον αναλώσιμα υλικά. Το προσφερόμενο μηχάνημα δε χρησιμοποιεί συσκευές IV, ορούς και ηπανιρισμένα διαλύματα, γιατί πραγματοποιεί το γέμισμα του εξωσωματικού κυκλώματος (αρτηριοφλεβικές γραμμές - φίλτρα αιμοκάθαρσης) κατά την προετοιμασία, καθώς επίσης την έκπλυση κατά την αποσύνδεση του ασθενούς (washback) και την έγχυση bolus κατά τη διάρκεια της θεραπείας με on-line διαδικασία παραγωγής διαλύματος επιτυγχάνοντας με αυτούς τους τρόπους μεγάλη εξοικονόμηση πόρων και οικονομικά οφέλη για το Νοσοκομείο.

- Λειτουργία Τμηματικού Ελέγχου Διαμεμβρανικής Πίεσης (TMP Sub Control), η διαμεμβρανική πίεση θα ρυθμιστεί εντός των προεπιλεγμένων ορίων TMP για να επιτευχθεί ο υψηλότερος δυνατός ρυθμός διήθησης.
- Λειτουργία Filtration Fraction του Συντελεστή Διήθησης (FF) μπορεί να βελτιστοποιήσει τον συμπαρασυρόμενο όγκο για την καλύτερη έκβαση της θεραπείας.».

Η απάντησή της αυτή **δεν συνιστά επαλήθευση** των ως άνω απαιτούμενων χαρακτηριστικών. Μάλιστα, ούτε και από τις Παραπομπές της προκύπτει οποιαδήποτε αναφορά στην υποχρεωτική απαίτηση του σημείου 24. Συγκεκριμένα:

α) Στη σελ. 7 παρ. 24 της Αναλυτικής Τεχνικής Προσφοράς της, όπου παραπέμπει ως προς τα αναλώσιμα υλικά (αρτηριοφλεβικές γραμμές - φίλτρα αιμοκάθαρσης κλπ) αναφέρονται επί λέξει τα αυτά ως ανωτέρω, χωρίς άλλη διευκρίνηση ή πληροφορία ικανή ή έστω χρήσιμη προς επαλήθευση των απαιτούμενων χαρακτηριστικών.

β) Στην Βεβαίωση Αναλωσίμων της, όπου επίσης παραπέμπει, μόνο ως προς τις φύσιγγες αναγράφεται ρητώς ότι δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (παρ.2), ενώ ως προς τις αρτηριοφλεβικές γραμμές και τα υλικά διεξαγωγής των μεθόδων Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης ON LINE HF και ON LINE HDF δεν επαληθεύεται η απαιτούμενη προϋπόθεση, όπως ως προς τις φύσιγγες, παρά αναφέρεται μόνο ότι αυτά «.διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016»

γ) Στον Πίνακα Αναλωσίμων όπου παραπέμπει, επίσης ουδεμία αναφορά γίνεται στην απαιτούμενη προϋπόθεση μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αναλωσίμων υλικών (γραμμών, φίλτρων αιμοκάθαρσης κλπ) που δέχεται το μηχάνημα για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων,

δ) Στο Prospectus, και δη στις σελ. 3 παρ. «REDUCING COSTS», σελ. 14 παρ. «ONLINE HD», σελ. 15 παρ. «TREATMENT OPTIONS» ομοίως ουδεμία αναφορά γίνεται στην απαιτούμενη προϋπόθεση του σημείου 24 του Πίνακα.

ε) Στο Operational manual, και δη στα κεφ. 1 σελ. 1/57 παρ. 1.9.1, σελ. 1/81 παρ. 1.10.12, κεφ. 3 σελ. 3/18 παρ. 3.5.6, κεφ. 3 σελ. 3/23 παρ. 3.6.3, κεφ. 10 σελ. 10/1 έως 10/5, όπου επίσης παραπέμπει η ανωτέρω εταιρία ομοίως δεν υπάρχει ουδεμία ή επαλήθευση στην απαιτούμενη προϋπόθεση μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αναλωσίμων υλικών (γραμμών, φίλτρων αιμοκάθαρσης κλπ) που δέχεται το μηχάνημα για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων. Συνάγεται εκ των ανωτέρω αβίαστα ότι ουδεμία απολύτως αναφορά γίνεται διά των Απαντήσεων της ανωτέρω εταιρίας στο Φύλλο Συμμόρφωσης και διά των εγγράφων στα οποία γίνονται Παραπομπές στα αντίστοιχα ως άνω πεδία του Πίνακα, στην υποχρεωτική απαίτηση για μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο, τόσο των αρτηριοφλεβικών γραμμών, όσο και των αναλωσίμων υλικών για τη διεξαγωγή των ζητούμενων μεθόδων αιμοκάθαρσης, ούτε βέβαια επαλήθευση αυτής. Οι ελλείψεις αυτές συνιστούν ευθεία παράβαση των - επί

ποινή απορρίψεως της Προσφοράς - τεθέντων όρων β' και δ' της δεύτερης παραγράφου "Λόνοι Απόρριψης Προσφορών" του άρθρου 7 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης.

Περαιτέρω, το Φύλλο Συμμόρφωσης που υπέβαλε η ανωτέρω εταιρία περιέχει ελλείψεις και γενικόλογες απαντήσεις ως προς τα επίμαχα ως άνω ζητήματα. Δεν περιέχει τις απαραίτητες σαφείς τεκμηριώσεις των ζητούμενων κατά τα ανωτέρω Τεχνικών Προδιαγραφών, κατά παράβαση του άρθρου 3 Β. Τεχνική Προσφορά, παρ. 2 περ. Α του Παραρτήματος Ι της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού.

Γίνεται αντιληπτό ότι με αυτόν τον τρόπο η «...» επιδιώκει να εμφανίσει την προσφορά της ως δήθεν συμμορφούμενη με τους ως άνω όρους και προαπαιτούμενα της Διακήρυξης, αποφεύγοντας να απαντήσει με σαφήνεια και ακρίβεια στα αντίστοιχα πεδία, όπως αντιθέτως, έκανε η εταιρία μας. Και τούτο διότι πράγματι, οι αρτηριοφλεβικές γραμμές που δέχεται ο τύπος μηχανήματος που προσφέρει η «...» καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα), όπως θα εκτεθεί κατωτέρω.

Σημειωτέον ότι η εταιρία «...» συμμετείχε επίσης στον Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοικτό Διαγωνισμό κάτω των Ορίων, για την προμήθεια Δεκατεσσάρων (14) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, για τις ανάγκες της Μ.Τ.Ν., του Γ.Ν. ... που προκηρύχθηκε από το Γ.Ν. ... με την υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη που δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.08.2020 με Α/Α συστήματος : ... (βλ. Σχετ. 5) , υποβάλλοντας προσφορά για τα ίδιου τύπου και μοντέλου μηχανήματα με αυτά που προσφέρει στον οικείο Διαγωνισμό, πλην όμως η Επιτροπή Αξιολόγησης του παραπάνω Διαγωνισμού με το από 19.10.2020 Πρακτικό της απέρριψε την Τεχνική Προσφορά της «...» τόσο για την κατηγορία Α = (ΚΛΑΣΙΚΗΣ ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ -11 μηχανήματα) με την αιτιολογία: «Διότι δεν αποδεικνύεται ότι τηρεί την προδιαγραφή Νο 5 (Α.5) των τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, όπως προκύπτει από 1) Το φύλλο συμμόρφωσης τεχνικών προδιαγραφών (Α5), 2) Τεχνική προσφορά συστήματος (Α5), 3) Αναλυτική τεχνική προσφορά (τεχνικά χαρακτηριστικά γνωρίσματα

παραγράφος 5), 4) Από την απάντηση με θέμα: Διευκρινιστικές ερωτήσεις - επιστολή σας με αριθμ. πρωτ. ...», όσο και για την κατηγορία Β = (ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ -ΑΙΜΟΔΙΑΔΙΗΘΗΣΗΣ ΚΑΙ ΟΝ-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ - 3 μηχανήματα) με την αιτιολογία: «Διότι δεν αποδεικνύεται ότι τηρεί την προδιαγραφή Νο 5 (Β.5) των τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, όπως προκύπτει από 1) Το φύλλο συμμόρφωσης Τεχνικών προδιαγραφών (Β5), 2) Τεχνική προσφορά συστήματος (Β5), 3) Αναλυτική τεχνική προσφορά, 4) Από την απάντηση με θέμα: Διευκρινιστικές ερωτήσεις - επιστολή σας με αριθμ. πρωτ. ...» (βλ. Σχετ. 6).

Μετά ταύτα, ελλείπουσας της συνδρομής όλων των ελάχιστων απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης και δη της υποχρεωτικής απαίτησης για μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο, τόσο των αρτηριοφλεβικών γραμμών, όσο και των αναλωσίμων υλικών για τη διεξαγωγή των ζητούμενων μεθόδων αιμοκάθαρσης, η προσφορά της «...», παραβαίνουσα τους όρους της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού. έπρεπε ήδη κατά το στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών να είχε απορριφθεί από τη Γνωμοδοτική Επιτροπή, σύμφωνα με την περιπτ. β' της πρώτης παραγράφου του άρθρο 7 του Παρατήματος Ι της υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξης του Διαγωνισμού.

• **2^{ος} λόγος: Απόκλιση της Προσφοράς από τις με Α/Α 6 και 24 Τεχνικές Προδιαγραφές του Παρατήματος ΙΙ**

Κατά την προσφεύγουσα: «Ομοίως κατά τα άνω, επίσης από την επισκόπηση της Τεχνικής Προσφοράς που υπέβαλε η εταιρία «...» προκύπτει εμμέσως -πλην σαφώς - η απόκλιση της Προσφοράς της από τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, καθώς τεχνηέντως ουδεμία απολύτως αναφορά γίνεται στην Τεχνική της Προσφορά στην υποχρεωτική απαίτηση για μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο, τόσο των αρτηριοφλεβικών γραμμών, όσο και των αναλωσίμων υλικών για τη διεξαγωγή των ζητούμενων μεθόδων αιμοκάθαρσης. ούτε επαλήθευση της συνδρομής των όρων αυτών. Συγκεκριμένα. ως προς τις αρτηριοφλεβικές γραμμές, η ως άνω εταιρία αναφέρει στην Τεχνική Προσφορά

της ότι: «οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών-δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016.».

Ως προς δε τα αναλώσιμα για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με online Παρασκευή διαλυμάτων αναφέρει ότι : «Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016.».

Η πλήρης απουσία οποιαδήποτε αναφοράς και επαλήθευσης των με αριθμό 6 και 24 προαπαιτούμενων της Τεχνικής Προδιαγραφής 28B του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, καθιστά την Προσφορά της «...» μη πληρούσα τις ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται στην υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη της Οικονομικής Επιτροπής της ...και περιέχουσα ατέλειες, ασάφειες, που δεν έχουν αποκατασταθεί και συνεπώς, απορριπτέα, κατά τις περιπτ. β' και δ' της δεύτερης παραγράφου του άρθρου 7 "Λόγοι Απόρριψης Προσφορών" του Παραρτήματος I της Διακήρυξης.

Αναλώσιμα καλυπτόμενα από εργοστασιακό απόρρητο - Παραβίαση των όρων της Διακήρυξης και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανόθευτου ανταγωνισμού

Οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης περί μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αρτηριοφλεβικών γραμμών που δέχεται το μηχάνημα, κι αντιστοίχως μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αναλωσίμων υλικών (γραμμών, φίλτρων αιμοκάθαρσης κλπ) για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων, σκοπούν ευλόγως στην προμήθεια «ανοικτού τύπου μηχανημάτων αιμοκάθαρσης» και εντεύθεν στην πλήρη διασφάλιση της δυνατότητας του υπόψη Νοσοκομείου να προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιονδήποτε γνωστό κατασκευαστικό οίκο καθ'

όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων, έτσι ώστε η συνεχής και απρόσκοπτη λειτουργία τους να μην παρεμποδίζεται από το τυχόν υψηλό κόστος ή ακόμη και από την ύπαρξη ή τη διαθεσιμότητα αναλωσίμων συγκεκριμένου κατασκευαστή στο μέλλον. Σε αντίθετη περίπτωση, η προμήθεια των αναλωσίμων καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των μηχανημάτων (ιδιοκτησίας πλέον του Νοσοκομείου), θα έπρεπε να πραγματοποιείται αναγκαστικώς από τον προμηθευτή του μηχανήματος και κατά συνέπεια, τον τελευταίο λόγο στη διαμόρφωση των τιμών θα είχε ο Κατασκευαστής Οίκος, δεδομένου ότι διαθέτει το σχετικό μονοπώλιο (λόγω του εργοστασιακού απορρήτου) των φίλτρων, των αρτιοφλεβικών γραμμών και των φυσίγγων, τα οποία οι τρίτες εταιρίες αναγκαστικώς θα πρέπει να προμηθεύονται από τον ίδιο. Πλην όμως, η συγκεκριμένη μεθόδευση οδηγεί σε κατάχρηση της αγοράς ιατροτεχνολογικών προϊόντων και συνεπώς στην κερδοσκοπία του συγκεκριμένου προμηθευτή κατά παράβαση της ενωσιακής αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού καθότι έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία δεσπόζουσας θέσης (*dominant position*) για τον οικονομικό φορέα, ο οποίος προσφέρει αναλώσιμα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα τον εξοβελισμό από την οικεία αγορά όλων των λοιπών ενδιαφερομένων/ ανταγωνιστών του (αντιανταγωνιστική σύμπραξη με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών και περιορισμό της διάθεσης του προϊόντος, μονοπώλιο, ολιγοπώλιο - βλ. σχετ. υπ' αριθμ. 292/2018 4^ο κλιμ. ΑΕΠΠ). Επιπλέον, η δυνατότητα ενδεχομένως προσφοράς, σε δεδομένη χρονική στιγμή, αναλωσίμων από τρίτες εταιρίες λόγω πραγματοποίησης παράλληλων εισαγωγών, ακόμη και όταν είναι σε τιμή ανταγωνιστική, δεν εξασφαλίζει επ' ουδενί τη διαθεσιμότητα των εν λόγω υλικών και, συνακόλουθα, τη συνεχή και ακώλυτη προμήθεια τους για την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής τους, διότι οι παράλληλες εισαγωγές έχουν έκτακτο και αποσπασματικό χαρακτήρα και λόγω του εργοστασιακού απορρήτου έχουν εντέλει έναν και μοναδικό προμηθευτή. Η προμήθεια εντέλει, των φίλτρων με αρτιοφλεβικές γραμμές μπορεί μεν να αποτελέσει αυτοτελές διαγωνιστικό αντικείμενο, εντούτοις όμως, αυτονοήτως,

συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων, ενώ περαιτέρω, κατά πάγια μάλιστα νομολογία της Αρχής σας, η προμήθεια μηχανημάτων που καλύπτονται ως προς τα αναλώσιμά τους από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής θα οδηγούσε σε υπερβολική τιμολόγηση και κατ' επέκταση σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, σε σχέση με τα αναλώσιμα αντίστοιχων μηχανημάτων και έτσι σε ζημία της δημόσιας υγείας (άρθρο 21 παρ. 3 Σ) [βλ. ενδ. 292/2018, 167/2019 ΑΕΠΠ]. Και τούτο διότι, παρότι οι τιμές των φίλτρων που συνοδεύουν τις αρτηριοφλεβικές γραμμές είναι συγκεκριμένες σύμφωνα με το Παρατηρητήριο Τιμών, δηλαδή η τιμή που καλείται το Νοσοκομείο να καταβάλει είναι συγκεκριμένη ανεξάρτητα από τον προμηθευτή που θα επιλέξει, πλην όμως εφόσον τα μηχανήματα δέχονται αποκλειστικά έναν τύπο αρτηριοφλεβικών γραμμών ο οποίος καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) όλοι οι "τρίτοι" προμηθευτές θα αναγκάζονται να προμηθεύονται τον συγκεκριμένο τύπο αρτηριοφλεβικών γραμμών από τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο της ιδιοκτήτριας της πατέντας εταιρίας, με αποτέλεσμα ο τελευταίος να έχει πάντα κέρδος, ενώ αντίθετα οι λοιποί "τρίτοι" προμηθευτές να μην έχουν ουσιαστικά συμφέρον συμμετοχής στις αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες. Ούτω, η αγορά από το Νοσοκομείο μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τα οποία δέχονται αποκλειστικά συγκεκριμένου τύπου αναλώσιμα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) που ανήκει στον κατασκευαστή του μηχανήματος και μόνο, εξασφαλίζει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον αποκλειστικό αντιπρόσωπο της κατασκευαστικής εταιρίας στην Ελλάδα, υπονομεύοντας την θέση των άλλων εταιριών φίλτρων. Επειδή οι γραμμές με εργοστασιακό απόρρητο δεν πωλούνται ελεύθερα, η τιμή τους καθορίζεται από την εταιρία που τις διακινεί σε πολύ υψηλό επίπεδο και επομένως καταστρατηγείται οποιαδήποτε έννοια ελεύθερου ανταγωνισμού και παραμένει αυτή η μόνη προμηθευτής φίλτρων, αφού οι λοιπές εταιρίες που προμηθεύονται την ακριβή αρτηριοφλεβική γραμμή της δεν θα μπορούν να αντέξουν το κόστος που συνεπάγεται για αυτές η προσφορά

φίλτρων συνεχόμενων με τις καλυπτόμενες από εργοστασιακό απόρρητο αρτηριοφλεβικές γραμμές.

Εν προκειμένω, από την Τεχνική Προσφορά της «...» προκύπτει ότι τα προσφερόμενα από αυτή μηχανήματα, τα οποία κατασκευάζονται από τον ιαπωνικό οίκο «...» και διανέμονται στην Ευρώπη από την θυγατρική του «...» είναι τα μοντέλα Όπως προκύπτει τόσο από την επίσημη ιστοσελίδα του ανωτέρω κατασκευαστικού οίκου (βλ. Σχετ. 2), όσο και από το Λειτουργικό Φυλλάδιο του μοντέλου ... που είναι αναρτημένο στην ως άνω επίσημη ιστοσελίδα της «...» (βλ. Σχετ. 1), το προσφερόμενο από την «...» μοντέλο μηχανήματος τεχνητού νεφρού ... δέχεται αποκλειστικά τις αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες επίσης κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...», προκειμένου να δύναται να διεξάγει τις μεθόδους Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line Παρασκευή διαλυμάτων.

Περαιτέρω, από τα υποβληθέντα από την ανωτέρω εταιρία με την Προσφορά της έγγραφα, και δη, από το Prospectus και το Operational Manual των προσφερόμενων μηχανημάτων, προκύπτει ότι τα μηχανήματα ... είναι μεν συμβατά με όλα τα φίλτρα αιμοκάθαρσης που κυκλοφορούν στην αγορά, πλην όμως για τη βέλτιστη λειτουργία τους και τη μείωση του κινδύνου ελαφριάς ή μέτριας βλάβης στον ασθενή, απαιτείται η χρήση σετ γραμμής αίματος αυθεντικών και εγκεκριμένων από την κατασκευάστρια εταιρία ... για το συγκεκριμένο μοντέλο μηχανήματος, τα οποία είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρίας και δη η σειρά AV18 (βλ. Operational Manual κεφ. 1 σελ. 1/57 παρ. 1.9.1 και 1.9.2, σελ. 1/76 παρ. 'Αντλία Αίματος' και κεφ. 3 σελ. 3/14 παρ. 3.5, σε συνδυασμό με τα Σχετ. 1, 2).

Συνακόλουθα, κατά το Operational Manual και για τη λειτουργία ONLINE HDF/ ON LINE HF απαιτείται η χρήση μόνο εγκεκριμένων αναλωσίμων από την κατασκευάστρια εταιρία (βλ. Operational Manual κεφ. 10 σελ. 10/1-10/5 παρ. 10 και 10.1.4), ενώ τέλος και για τη λειτουργία Μέτρησης Ρυθμού Επανακυκλοφορίας Αγγειακής Προσπέλασης απαιτείται η χρήση «μίας από τις γραμμές αίματος που καθορίζονται στο «1.9.2 Σετ γραμμής αίματος» (Σελίδα 1-

57)», ενώ η χρήση οποιοσδήποτε άλλης γραμμής αίματος θα διακυβεύει την ακρίβεια της μέτρησης (βλ. *Operational Manual* κεφ. 12 σελ. 12/27 παρ. 12.6.2). Από δε την ανωτέρω επίσημη ιστοσελίδα της «...», προκύπτει επίσης ότι μοναδικός εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος των προϊόντων της ανωτέρω εταιρίας στην Ελλάδα είναι η εταιρία «...» (βλ. Σχετ. 3).

Συνεπώς οι συγκεκριμένες αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18 οι οποίες καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) που ανήκει στην εταιρία «...» διανέμονται στην Ελλάδα μόνο από την εταιρία «...» η οποία και αποτελεί τη μοναδική εξουσιοδοτημένη αντιπρόσωπο της ως άνω εταιρίας στην Ελλάδα. Η εταιρία μας μάλιστα, αναζήτησε τη δυνατότητα προμήθειας αρτηριοφλεβικών γραμμών συμβατών με τα προσφερόμενα από την εταιρία «...» μηχανήματα ... Προς τούτο, απευθύνθηκε προς τη γνωστή στην ελληνική αγορά και μοναδική εταιρία που διαθέτει εργοστάσιο κατασκευής αρτηριοφλεβικών γραμμών στην Ελλάδα «...» (βλ. Σχετ. 4), η οποία διά του διευθυντή Πωλήσεων της μας ενημέρωσε συγκεκριμένα ότι: «Για να απαντήσω στο αίτημά σας, οι πληροφορίες που έχω για την συγκεκριμένη A/V γραμμή που λειτουργεί με το μηχανήμα αιμοκάθαρσης ... είναι ότι πρόκειται για μια γραμμή πατενταρισμένη, δηλαδή ανήκει στην κατηγορία που το μηχανήμα αιμοκάθαρσης είναι κλειστού τύπου. Αυτό σημαίνει ότι όπως για όλα τα κλειστού τύπου μηχανήματα αιμοκάθαρσης (δηλαδή που χρησιμοποιεί γραμμές πατενταρισμένες), καμία εταιρεία που παράγει A/V γραμμές, δεν μπορεί χωρίς την έγκριση από την εταιρεία που κατέχει αυτήν την πατέντα να παράσχει αυτήν τη A/V γραμμή. Είναι κάτι αντίστοιχο με την A/V γραμμή του ...μηχάνημα. Θεωρώ ότι θα μπορείτε να βρείτε αυτή την A/V γραμμή από τον αντιπρόσωπο της ... στην Ελλάδα» (βλ. Σχετ. 4).

Μετά ταύτα, καθίσταται προφανές ότι η ανάθεση στην «...» της συμβάσεως, συνεπάγεται τη δημιουργία “μονοπωλίου” υπέρ αυτής ως προς την προμήθεια των αναλωσίμων των μηχανημάτων που προμηθεύει, κατ’ ευθεία παράβαση όχι μόνο των όρων της Διακήρυξης, αλλά και των ενωσιακών αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου κι ανόθευτου ανταγωνισμού, ενώ ταυτόχρονα συνεπάγεται ουσιώδη κι επικείμενο κίνδυνο ζημίας της δημόσιας υγείας. [...]

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (22.03.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 12.03.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεύει δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η υποβληθείσα Προσφορά της και κατετάγη 1η σε σειρά ως προς την επίμαχη Ομάδα 8 «Μηχανήματα τεχνητού νεφρού» του υπόψη Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

8. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης») παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική

και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...].».

9. Επειδή, στο άρθρο 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...].».

10. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105».

11. Επειδή, στην Ενότητα Β. «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» του άρθρου 3 («ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΥ “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ–ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ”») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 18-19), ορίζεται ότι: «1) Η τεχνική προσφορά υποβάλλεται ηλεκτρονικά και περιλαμβάνει τα ακόλουθα: ι) συμπλήρωση της λέξης ΝΑΙ στο πεδίο αποδοχής των όρων που βρίσκεται στο τέλος της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας του Συστήματος. Στη

συνέχεια το Σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράξει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο .pdf. ii) υποβολή σε μορφή αρχείου τύπου .pdf ψηφιακά υπογεγραμμένου, Πίνακα Προσφερόμενου Εξοπλισμού, στον οποίο θα αναφέρεται ο τύπος του προσφερόμενου εξοπλισμού (μοντέλο) καθώς και ο χρόνος της πρώτης εμπορικής κυκλοφορίας του συγκεκριμένου τύπου (μοντέλου), σύμφωνα με το Παράρτημα V της Διακήρυξης. Ο χρόνος πρώτης εμπορικής κυκλοφορίας αφορά το συγκεκριμένο τύπο (μοντέλο) του προσφερόμενου μηχανήματος με τα συγκεκριμένα ειδικά χαρακτηριστικά του. iii) υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του διαγωνιζομένου, ψηφιακά υπογεγραμμένης, στην οποία θα δηλώνει ότι:

A. εγγυάται την καλή λειτουργία του προσφερόμενου εξοπλισμού για δύο (2) έτη από την οριστική παραλαβή του (χρόνος εγγύησης καλής λειτουργίας), σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους 5.1 και 5.4 του Παραρτήματος I της Διακήρυξης και ότι θα προσκομίσει την Εγγυητική Επιστολή καλής λειτουργίας σύμφωνα με το άρθρο 18Γ του Παραρτήματος I της Διακήρυξης.

B. αναλαμβάνει την πλήρη συντήρηση και την επισκευή του εξοπλισμού (περιλαμβανομένου του παρελκόμενου και περιφερειακού εξοπλισμού) μετά τη λήξη του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας και μέχρι τη συμπλήρωση του χρόνου συντήρησης αυτού, όπως καθορίζεται για κάθε Ομάδα εξοπλισμού, από την οριστική παραλαβή του συστήματος σε κατάσταση λειτουργίας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους 5.2 και 5.4 του Παραρτήματος I της Διακήρυξης (ΜΟΝΟ ΓΙΑ ΤΟΝ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ ΕΚΑ)

Γ. δεσμεύεται ότι το τίμημα πλήρους συντήρησης –επισκευής του εξοπλισμού για κάθε έτος μετά τη λήξη της διετούς περιόδου εγγύησης και έως την συμπλήρωση συνολικά πέντε ετών από την οριστική παραλαβή αυτού, δεν θα υπερβαίνει το ποσό που ορίζεται στον όρο 5.2 του Παραρτήματος I της Διακήρυξης. (ΜΟΝΟ ΓΙΑ ΤΟΝ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟ ΕΚΑ) iv) προσκόμιση έγγραφης

δέσμευσης του κατασκευαστή (επισήμως μεταφρασμένης) ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/EK, στην οποία θα αναφέρεται ότι εξασφαλίζεται η συνεχής και απρόσκοπτη λειτουργία του συστήματος, με τους ίδιους ζητούμενους όρους που καθορίζονται στη Διακήρυξη, καθώς και η εξασφάλιση και διάθεση όλων των ανταλλακτικών και των αναγκαίων κατάλληλων υλικών, μέχρι την συμπλήρωση του χρόνου συντήρησης, όπως αυτός καθορίζεται για κάθε Ομάδα εξοπλισμού, από την οριστική παραλαβή του εξοπλισμού, ακόμα και στις περιπτώσεις: α) αφαίρεσης της εξουσιοδότησης του κατασκευαστικού οίκου ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του στην Ευρωπαϊκή Ένωση όπως αυτοί ορίζονται στην Οδηγία 93/42/EK, προς τον ανάδοχο, για παροχή ανταλλακτικών – συντηρήσεων – τεχνικής υποστήριξης – εγγυήσεων κλπ. και β) διακοπής της λειτουργίας του προμηθευτή.

2) Για την απόδειξη της δήλωσης αποδοχής των Τεχνικών Προδιαγραφών, που έγινε με τη λέξη ΝΑΙ στο πεδίο αποδοχής των όρων της Τεχνικής Προσφοράς του (άρθρο 3B1 του παρόντος), οι οικονομικοί φορείς θα υποβάλλουν περιγραφή/φωτογραφίες (ήτοι Τεχνικά Φυλλάδια με αναλυτική τεχνική τεκμηρίωση), σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, βάσει των οποίων θα συντάξουν και θα υποβάλουν Πίνακα Συμμόρφωσης με τις Τεχνικές Προδιαγραφές, ψηφιακά υπογεγραμμένο. Συγκεκριμένα, για κάθε είδος προσφερόμενου εξοπλισμού, θα πρέπει: Α. να τεκμηριώσουν, με σαφήνεια και σημείο προς σημείο, καθεμιά απαίτηση των Τεχνικών Προδιαγραφών, με σαφή αντιστοίχιση αυτών με τα Τεχνικά φυλλάδια του κατασκευαστικού οίκου (παραπέμποντας για κάθε απαίτηση στο ακριβές συγκεκριμένο σημείο) ή με άλλο έγκυρο και αδιαμφισβήτητο μέσο.

Προσφορές οι οποίες, επί παραδείγματι, είτε απλά θα αντιγράφουν την τεχνική περιγραφή της Διακήρυξης είτε θα απαντούν μονολεκτικά ΝΑΙ ή «συμφωνούμε», χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπή – αντιστοιχία μεταξύ Τεχνικών Προδιαγραφών και Τεχνικών Φυλλαδίων, θα απορρίπτονται. Στην περίπτωση αντίθεσης μεταξύ των αναγραφόμενων στον Πίνακα Συμμόρφωσης και αυτών που αναγράφονται στα Τεχνικά φυλλάδια, θα υπερτερεί αυτό που

αναγράφεται στα Τεχνικά φυλλάδια, εκτός αν κατατίθεται επίσημη βεβαίωση από τον κατασκευαστικό οίκο που τεκμηριώνει τα αναγραφόμενα στον Πίνακα Συμμόρφωσης. Β. να υποβάλλουν, σε ξεχωριστή ενότητα του Πίνακα Συμμόρφωσης, όλα τα στοιχεία, τις τιμές μεγεθών, τις περιγραφές υποσυστημάτων ή λοιπές πληροφορίες για τον εξοπλισμό, που κατά περίπτωση ζητούνται στις Τεχνικές Προδιαγραφές. Γ. να υποβάλλουν, σε ξεχωριστή ενότητα του Πίνακα Συμμόρφωσης, αναλυτικό Τεχνικό Φυλλάδιο με το πλήρες πρόγραμμα εκπαίδευσης του προσωπικού στη χρήση του εξοπλισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις Τεχνικές Προδιαγραφές (Παράρτημα II, Γενικοί Όροι, σημείο 4).».

12. Επειδή, στο άρθρο 7 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 23-24), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή, με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παρούσα διακήρυξη, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά ή η οποία δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται στην παρούσα διακήρυξη, ε) η οποία είναι υπό αίρεση, στ) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, ζ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές»

13. Επειδή, στο Παράρτημα II «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 37), ορίζεται ότι: «[...] 2. Διευκρινίζεται ότι όπου στις

Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές αναφέρονται οι φράσεις: • «προσφέρεται κατ' επιλογή» • «ο καλύτερος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • «ο πλέον σύγχρονος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • «ο πλέον ολοκληρωμένος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • ή άλλες παρόμοιες θα πρέπει να ληφθεί υπόψη από τους προσφέροντες ότι τα ανωτέρω κριτήρια δεν σταθμίζονται ούτε βαθμολογούνται, καθότι ο διαγωνισμός είναι μειοδοτικός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Συνεπάγεται λοιπόν ότι τα ανωτέρω είναι επιθυμητά από την Αναθέτουσα Αρχή για τη μεγαλύτερη δυνατή αποτελεσματικότητα του εξοπλισμού, όμως δεν είναι υποχρεωτικά ή δεσμευτικά για τους διαγωνιζόμενους. **Αντίθετα, δεσμευτική είναι η πλήρης κάλυψη όλων των τεχνικών και λοιπών απαιτήσεων που αναφέρονται στις Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές. [...]**».

Περαιτέρω, στις σελίδες 48-49 του ως άνω Παραρτήματος, ορίζεται ότι: **«Ομάδα 8: Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού - Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης - Αιμοδιήθησης- Αιμοδιαδιήθησης- OnLine Μεθόδων (Τεχνική Προδιαγραφή 28B), οι εξής τεχνικές προδιαγραφές:**

«1. Το μηχάνημα να είναι πλήρες, καινούργιο, αμεταχείριστο και σύγχρονης τεχνολογίας. Τα χαρακτηριστικά που θα αναφερθούν να τεκμηριώνονται, απαραίτητα, με αντίστοιχα ενημερωτικά φυλλάδια(prospectus) του κατασκευαστή, εγκρίσεις και άλλα στοιχεία προς αξιολόγηση. Να φέρει σήμανση CE, όπως προβλέπεται από την εκάστοτε ισχύουσα Ελληνική Νομοθεσία 2. Να λειτουργεί με ρεύμα τάσης 220V/50HZ, με αυτονομία λειτουργίας τουλάχιστον δέκα (10) λεπτών, σε περίπτωση διακοπής ρεύματος. 3. Η λειτουργία του να βασίζεται σε μικροϋπολογιστές (microprocessors) και να αυτοελέγχεται πριν την έναρξη της διαδικασίας αιμοκάθαρσης. 4. Να φέρεται σε τροχήλατη βάση, με δυνατότητα ακινητοποίησης των τροχών, να είναι εύκολο στην μεταφορά του και να φέρει αναρτήρες φιαλών, συσκευών ορών, φίλτρων και γραμμών. 5. Να χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων. **6. Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. [...]** 23. Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.

24. Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης). Τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές, φίλτρα αιμοκάθαρσης κ.λπ) για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.».

14. 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, ΣΤΕ 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). 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 C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

15. 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 τρόπον 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,

Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επόμε.).

17. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων. Άλλωστε οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή.

18. Επειδή, σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, κατά το πνεύμα, τόσο της

ενωσιακής, όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012), προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στον Διαγωνισμό. Η 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 (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες Προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27).

19. Επειδή, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον τρόπο υποβολής των Προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197). Περαιτέρω, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006)

εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη Διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

20. Επειδή, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, όπως και οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής Προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη Προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002).

21. Επειδή, επίσης δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

22. Επειδή, σε κανένα σημείο της επίμαχης Διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (Ε.Α ΔΕΦΑΘ 230/2012). Τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι το σύνολο των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να καλύπτεται, ως αυτές καταγράφονται στο Παράρτημα ΙΙ της ένδικης Διακήρυξης, ενώ παράλληλα δεν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές. Επομένως, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 13 της παρούσας), ευχερώς συνάγεται ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, απαιτείται να συγκεντρώνουν σωρευτικά τα σχετικώς απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς (βλ.

σκέψεις 20 και 21 της παρούσας). Εν όψει των ανωτέρω, Προσφορά που δεν πληροί τα ανωτέρω, ήτοι, αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της εν θέματι Διακήρυξης, καθίσταται πλημμελής και ως εκ τούτου, ακυρωτέα (βλ. άρθρο 7 της Διακήρυξης).

23. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, «Ελληνικό διοικητικό δίκαιο», 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

24. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008, 318/2013 ΔΕφΑθ (ΑΣΦ)).

25. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι: *«... Κατ' αρχάς, η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης για κάθε τεχνική προδιαγραφή δεν απαιτείται, βεβαίως, να επαναλαμβάνει - κατά άσκοπη μεταφορά ή αντιγραφή - επί λέξει (copy-paste) την περιγραφή της αντίστοιχης τεχνικής απαίτησης της Διακήρυξης (περιγραφή, άλλωστε, που ήδη περιλαμβάνεται στην 3η στήλη του ίδιου του Φύλλου*

Συμμόρφωσης, που φέρει τίτλο «ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ») (έτσι, ΔΕΦΑΘ 40/2021). Και τούτο, διότι στην απάντησή του Φύλλου Συμμόρφωσης δηλώνεται η συμφωνία (ή μη) με τις τεχνικές προδιαγραφές, Και τούτο, προς διευκόλυνση της Επιτροπής του διαγωνισμού και για την ταχύτητα του ελέγχου από αυτήν της συμμόρφωσης του υποψηφίου, Υπό άλλη διατύπωση, το Φύλλο Συμμόρφωσης δεν συνιστά μια «δεύτερη Τεχνική Προσφορά» (στην οποία αναφέρονται λεπτομερώς οι προδιαγραφές του προσφερόμενου προϊόντος), αλλά επί τελεί διαφορετικό σκοπό (τον προαναφερθέντα).

Συνεπώς, η απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης της εταιρίας μας αναφορικά με τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, όπου, μεταξύ άλλων, αναφέρεται και ο τρόπος προμήθειας συγκεκριμένων αναλωσίμων, δεν υποδηλώνει επ' ουδενί τη μη πλήρωση των προδιαγραφών, όπως διατείνεται η αιτούσα. Άλλωστε, η ίδια ακριβώς φράση διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών-δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του ν. 4412/2016 έχει τεθεί και χρησιμοποιηθεί και στην απάντηση της 5ης τεχνικής προδιαγραφής (για τα Φίλτρα Αιμοκάθαρσης), για την οποία η προσφεύγουσα όχι μόνο δεν παραπονείται, αλλά ... συνομολογεί ότι δεν υποδηλώνει μηχανήμα «κλειστού τύπου».

Περαιτέρω, η εταιρία μας, αναφορικά με την πλήρωση της 6ης και 24^{ης} Τεχνικών Προδιαγραφών, παραπέμπει προς τεκμηρίωση, μεταξύ άλλων, στο Κεφάλαιο 1, σελ. 1-57 του Operation Manual του προσφερόμενου μηχανήματος, στο οποίο, αναφορικά με το σύνολο των αναλωσίμων του, αναφέρει: «... Το DBB-EXA ενδέχεται να μην είναι συμβατό με μη εγκεκριμένα αναλώσιμα. Επίσης, στην ίδια σελίδα, παράγρ. 1.9.2, μεταξύ άλλων, αναφέρει: «... βέλτιστη λειτουργία με μονή βελόνα διασφαλίζεται μόνο με χρήση των αυθεντικών σετ γραμμής αίματος ...».

Οι επισημάνσεις αυτές του Κατασκευαστή παρερμηνεύονται - σκοπίμως- από την προσφεύγουσα, η οποία τους αποδίδει έννοια, την οποία προφανώς δεν έχουν. Και τούτο, διότι, από την ως άνω σαφή διατύπωσή της, προκύπτουν αναμφίβολα τα εξής:

α) Το μηχανήμα επιδέχεται αναλώσιμα τόσο του Κατασκευαστή του μηχανήματος όσο και τρίτων κατασκευαστών.

β) Το μηχάνημα είναι κατά κανόνα συμβατό ακόμα και με μη εγκεκριμένα από τον Κατασκευαστή του μηχανήματος αναλώσιμα τρίτων κατασκευαστών,

γ) Στην περίπτωση χρήσης αναλωσίμων τρίτων κατασκευαστών, ο Κατασκευαστής του μηχανήματος απλώς συστήνει την ύπαρξη προηγούμενης έγκρισής του για τα εν λόγω αναλώσιμα, προκειμένου να εξασφαλιστεί πλήρως η βέλτιστη λειτουργία του μηχανήματος.

Τούτο δε διότι, σύμφωνα με την έννοια των ειδικότερων διατάξεων της Οδηγίας 93/42/ΕΕ «περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων», όπως αυτή ερμηνεύθηκε αυθεντικά και εφαρμόζεται από τα Δικαστήρια (βλ. παρακάτω), όταν ένα προϊόν χρησιμοποιείται απαραίτητα σε συνδυασμό με άλλα ιατροτεχνολογικά προϊόντα προκειμένου να παραχθεί ένα συγκεκριμένο αποτέλεσμα, "τα επί μέρους αυτά προϊόντα πρέπει αυτονοήτως να συνδυάζονται μεταξύ τους", όπως δε έχει *ad hoc* κριθεί (βλ. παρακάτω), η δυνατότητα αυτή πρέπει να πιστοποιείται καταλλήλως, με στοιχεία προερχόμενα από τους κατασκευαστές και των εν λόγω ειδών, εφόσον αυτοί δεν ταυτίζονται, κυρίως όμως από τον Οίκο κατασκευής των μηχανημάτων [όταν πρόκειται περί προμήθειας αναλωσίμων), αφού η βεβαίωση του εν λόγω Οίκου είναι αυτή που ουσιαστικά παρέχει τη διασφάλιση στην Αναθέτουσα Αρχή για ασφαλή λειτουργία τους επί του μηχανήματος [ενδεικτικά, Επ.Αν.ΣτΕ 97/2011, σκέψη 11, 1191/2008, σκέψη 9, 546/2008, σκέψη 10, 437/2008, 410/2008, 1237/2006, 208/2006, 1003/2006 κ.ά.).

Συνεπώς, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, η οποία φέρει και το βάρος απόδειξης των όσων ισχυρίζεται, αυθαιρέτως και αναπόδεικτων "συνάγει" - δήθεν - ύπαρξη εργοστασιακού απορρήτου, από την επιβαλλόμενη από την Ευρωπαϊκή Οδηγία απλή σύσταση του Κατασκευαστή του μηχανήματος, για χρήση εγκεκριμένων από αυτόν αναλωσίμων, στην περίπτωση που αυτά δεν κατασκευάζονται από τον ίδιο, αλλά από τρίτο κατασκευαστή, προκειμένου να υπάρχει πλήρης διασφάλιση της βέλτιστης λειτουργίας του μηχανήματος. Σύσταση, άλλωστε, που είναι εύλογη και με βάση την εμπορική λογική (αφού ο ίδιος κατασκευάζει και αναλώσιμα),

Σημειωτέον ότι, βέβαια, είναι διαφορετική η απαίτηση για αποδοχή αναλωσίμων όλων των εργοστασίων [που χρησιμοποιεί η Διακήρυξη για τα Φίλτρα

Αιμοκάθαρσης), η οποία έχει την έννοια ότι πρέπει τη μηχανήμα να αποδέχεται φίλτρα όλων των κατασκευαστών, από την απαίτηση για μη ύπαρξη εργοστασιακού απορρήτου [που χρησιμοποιεί η Διακήρυξη για τις Αρτηριοφλεβικές Γραμμές), η οποία έχει την έννοια ότι το μηχανήμα να μεν δέχεται συγκεκριμένη αρτηριοφλεβική γραμμή (A/V line), σχεδιασμένη ειδικά από τον Κατασκευαστή του μηχανήματος, η οποία όμως θα δύναται να παράγεται από περισσότερους κατασκευαστές. Δηλαδή, υπό διαφορετική διατύπωση, όπως όλα ανεξαιρέτως τα μηχανήματα αιμοκάθαρσης, και το συγκεκριμένο χρησιμοποιεί εκ κατασκευής τη «δική του» αρτηριοφλεβική γραμμή, η οποία, όμως, δύναται να παράγεται όχι μόνον από τον Κατασκευαστή του εν λόγω μηχανήματος, αλλά και από άλλους κατασκευαστές ιατροτεχνολογικών προϊόντων, πάντοτε βέβαια σύμφωνα με τον αρχικό σχεδιασμό της συγκεκριμένης αυτής A/V γραμμής, που είναι η μόνη κατάλληλη για το συγκεκριμένο μηχανήμα,

Ειδικότερα, ως προς την 24 τεχνική προδιαγραφή, όπως προκύπτει από την απάντηση στο Φύλλο Συμμόρφωσης, αλλά και από την απεικόνιση της παραπομπής στη σελ. 3-23 παρ. 3.6.3 του Τεχνικού Φυλλαδίου (Operation Manual), δεν απαιτούνται ειδικά αναλώσιμα για τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με online παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης, αφού στο set A/V γραμμών, που προσφέρεται με τα φίλτρα, συμπεριλαμβάνεται και η γραμμή online HF και HDF.

Περαιτέρω, η επίκληση κάποιας απόφασης οργάνου άλλης Αναθέτουσας Αρχής, στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού, δεν συνιστά νόμιμο ισχυρισμό ούτε καν επιχείρημα, εν όψει και της αρχής της αυτοτέλειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμη αιτιολογία για τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου (ενδεικτικά, ΕπΑνΣτΕ 427/2009, σκέψη 8). Όσον αφορά το περιεχόμενο των επισυναπτόμενων στην Προσφυγή εκτυπώσεων από την ιστοσελίδα της κατασκευάστριας ...εταιρίας ..., που - δέθεν - αποδεικνύει ότι «... το προσφερόμενο μοντέλο δέχεται αποκλειστικά τις αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18 ...», πέρα του ότι δεν δύναται να επηρεάσει τη νομιμότητα της Προσφοράς της εταιρίας μας (βλ. έτσι στη ΔΕΦΑΘ

55/2021, σκέψη 14), παραποιείται πλήρως, διότι τα αναγραφόμενα σε αυτό: «... Γραμμές αίματος αποκλειστικά για το σύστημα αιμοκάθαρσης» και «... Η σειρά AV18 είναι προσαρμοσμένη για χρήση με το μηχάνημα ... καθιστώντας δυνατή την πλήρη αξιοποίηση... εγγυώνται την υψηλότερη ανάλυση και ακρίβεια ... αποτελεί την καλύτερη επιλογή όσον αφορά τη βιοσυμβατότητα και την απαλλαγμένη πυρετογόνων ασφάλεια ...», αναφέρονται προδήλως στον προορισμό και τα πλεονεκτήματα χρήσης των συγκεκριμένων γραμμών στο προσφερόμενο μηχάνημα, χωρίς όμως να προκύπτει ότι -τάχα -οι γραμμές αυτές καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, όπως επιδιώκει να εμφανίσει η προσφεύγουσα. Άλλωστε, η κατασκευάστρια εταιρία ..., ως εμπορευόμενη και τα αναλώσιμα δικής της κατασκευής για το προσφερόμενο μηχάνημα, θεμιτά τα συστήνει και τα υποδεικνύει, μέσω της ιστοσελίδας της, χωρίς βέβαια να συνάγεται κάτι άλλο. Τέλος, η προσκόμιση εκ μέρους της προσφεύγουσας ιδιωτικού εγγράφου προερχόμενου από κάποιο στέλεχος της δήθεν - κατά τους αόριστους και μη αποδεικνυόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας «μοναδικής εταιρίας στην ελληνική αγορά που κατασκευάζει αρτηριοφλεβικές γραμμές» - πέρα του περιεχομένου του, που είναι αδιάφορο και δεν πιστοποιεί το παραμικρό («... Οι πληροφορίες που έχω ...» !), δεν μπορεί να εκληφθεί ως νόμιμο αποδεικτικό μέσο, ούτε προς συναγωγή τεκμηρίων, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου της απόδειξης (ΣΤΕ 189..., σκέψη 20, άρθρα 447 και 424 ΚΠολΔ). [...]

26. Επειδή, στις 14.04.2021, η προσφεύγουσα υπέβαλε Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, όπου αναφέρει, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «...Ο διαγωνισμός αυτός είχε, μεταξύ άλλων, ως αντικείμενο την προμήθεια σαράντα (40) μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στα Νοσοκομεία Αττικής (Ομάδα 8 της Προκήρυξης), Στο διαγωνισμό αυτό για την ανωτέρω Ομάδα 8 έλαβαν μέρος τέσσερις εταιρίες, μεταξύ των οποίων και η δική μας, εταιρία «...», Εντέλει η επιτροπή του Διαγωνισμού ανέδειξε ως μειοδότη την εταιρία «...» (εν συνεχεία αναφερόμενη

ως ...), για την από αυτήν πώληση σαράντα (40) μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τύπου ... του κατασκευαστικού οίκου «...».

Κατά της παραπάνω απόφασης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η εταιρία μας άσκησε την με αριθμ. πρωτ. 527/11.03.2021 Προδικαστική Προσφυγή της, με την οποία προσβάλλει την υπτ' αριθμ. ... Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., για τους αναφερόμενους σε αυτή λόγους. [...] Επί της ανωτέρω Προσφυγής μας, η Επιτροπή του Διαγωνισμού κατέθεσε τις περιεχόμενες στο από 18.03.2021 Πρακτικό της Απόψεις της, τις οποίες εν συνεχεία ανακάλεσε και αναδιατύπωσε με το από 23.03.2021 Πρακτικό της.

Περαιτέρω, κατά της ως άνω Προσφυγής μας η εταιρία "... " κατέθεσε την από 22.03.2021 Παρέμβασή της. Επί των ανωτέρω, σε απόκρουση των απόψεων της Επιτροπής Διαγωνισμού, καθώς και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και προς υποστήριξη των ισχυρισμών μας, επαγόμεθα τα ακόλουθα. [...]

Επί των Απόψεων της Επιτροπής του Διαγωνισμού

Εντύπωση προκαλεί η στάση της Επιτροπής του Διαγωνισμού επί της Προσφυγής μας και τούτο διότι ενώ αρχικά η επιτροπή του Διαγωνισμού καταθέτοντας τις απόψεις της (από 18.03.2021 Πρακτικό) κατέληξε: α) ότι τα προσφερόμενα αναλώσιμα (αρτ/κές γραμμές και φίλτρα) πράγματι διατίθενται σε σετ, έτσι δεν καθίσταται εφικτή η προμήθεια τους χωριστά από το Νοσοκομείο και β) ότι πράγματι από το φύλλο συμμόρφωσης και το συναφές υλικό τεκμηρίωσης που προσκόμισε η ... δεν συνάγεται σαφώς και ανενδοίαστα ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις και προδιαγραφές του Διαγωνισμού.

Στην συνέχεια, όμως, τις απόψεις της αυτές ανακάλεσε με νεότερο έγγραφό της (από 23.03.2021 Πρακτικό της), το οποίο δεν περιέχει σαφείς τοποθετήσεις επί των λόγων Προσφυγής μας, όπως το πρώτο. Το έγγραφο αυτό αποτελείται από το σύνολο της αλληλογραφίας των μελών της Επιτροπής που φέρονται να συντάσσονται με την άποψη τρίτου, μη μέλους της Επιτροπής Διαγωνισμού, του ... κ. ..., ο οποίος με το από 23.03.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που απευθύνεται στο μέλος της επιτροπής Διαγωνισμού κ. ... φέρεται να "επιλύει" εκ της πείρας του ως ιατρός τις απορίες των μελών σχετικά με τον τρόπο λειτουργίας των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, ως προς δε το μέρος που αφορά

τον τρίτο λόγο της κρινομένης Προσφυγής μας και δη, τον ισχυρισμό μας ότι το μηχάνημα τεχνητού νεφρού ... δέχεται αποκλειστικά τις αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες επίσης κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...» και οι οποίες καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) που ανήκει στην εταιρία «...», δηλώνει άγνοια: «..ομολογουμένως δεν αντιλαμβάνομαι τι σημαίνει το επισημαινόμενο στην ένσταση της ... ότι οι γραμμές των φίλτρων αιμοκάθαρσης που χρησιμοποιούνται στο εν λόγω μηχάνημα αιμοκάθαρσης ... καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο», ενώ καταλήγει στο παράδοξο συμπέρασμα ότι δεν υφίσταται εν προκειμένω εργοστασιακό απόρρητο που θα προκαλούσε αδυναμία σε εταιρεία της χώρας μας να προσφέρει φίλτρα αιμοκάθαρσης κατά μια διαγωνιστική διαδικασία λόγω αδυναμίας εύρεσης και παροχής των συνοδευτικών γραμμών για χρήση σε οποιοδήποτε μηχάνημα Τεχνητού Νεφρού. Από την ανάγνωση της τοποθέτησής του αυτής, όμως, γεννιέται εύλογα η απορία, αν δεν συντρέχει τέτοιος κίνδυνος, τότε ποιος ο λόγος να απαιτείται ως τεχνική προϋπόθεση στις διαγωνιστικές διαδικασίες;!!!

Είναι σαφές ότι ο κ. ..., ως ιατρός δύναται να έχει την εμπειρία χειρισμού ενός μηχανήματος αιμοκάθαρσης, πλην όμως οι θέσεις και τοποθετήσεις του επί νομικών ζητημάτων όπως είναι η ύπαρξη και η ισχύς ενός ευρωπαϊκού ή διεθνούς διπλώματος ευρεσιτεχνίας, ο τρόπος λειτουργίας του, το εύρος της προστασίας του, η νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η έννοια των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, παρέλκουν διότι δεν αποτελούν τομέα της επιστημονικής του εξειδίκευσης. Είναι λοιπόν αναμενόμενο να μην δύναται να αντιληφθεί το περιεχόμενο του οικείου λόγου της προσφυγής μας διότι εκφεύγει του τομέα κατάρτισής του. Περαιτέρω δε από την απλή επισκόπηση του από 23.03.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού προκύπτει ότι αποτελείται από την ηλεκτρονική αλληλογραφία των μελών της που άλλοτε συντάσσονται προς τις απόψεις του κ, ... ο οποίος σημειωτέον δεν αποτελεί μέλος της κι άλλοτε συμφωνούν σε "αναδιατύπωση" των αρχικών απόψεων, με βάση τις θέσεις του κ. ... (βλ. το από 23.03.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και το από 23.03.2021 μήνυμα ηλεκτρ. ταχυδρομείου

της κ. ...), χωρίς όμως να απαντούν καθόλου στους λόγους προσφυγής μας που αφορούν τα τυπικά ζητήματα του Διαγωνισμού και δη την συμφωνία του Φύλλου Συμμόρφωσης και της Τεχνικής Προσφοράς στους όρους του Διαγωνισμού !!! Είναι σαφές ότι τόσο η παρεμβαίνουσα. όσο και η Επιτροπή αποφεύγουν να απαντήσουν με σαφήνεια και να αρνηθούν ρητά τις αιτιάσεις μας, λαμβάνοντας ξεκάθαρη και τεκμηριωμένη θέση. Αντιθέτως, η εταιρία μας αναδεικνύει με σαφήνεια τους λόγους που η προσφορά της "... " θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, αποδεικνύοντας πλήρως και με έγγραφα τους ισχυρισμούς της, οι οποίοι πρέπει να γίνουν δεκτοί στο σύνολό τους.

Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία της ΑΕΠΠ (852/2019) «από τη διάταξη του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, συνάγεται σαφώς ότι ο προσφεύγων δύναται να καταθέσει σχετικό Υπόμνημά του επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας που αυτή παραθέτει και ότι καίτοι δεν υφίσταται ρητή αναφορά στις ανωτέρω διατάξεις περί σχετικής αυτοτελούς δυνατότητας προς αντίκρουση τυχόν ασκηθείσας παρέμβασης, θα πρέπει να γίνει δεκτό και υπό το πρίσμα της ανωτέρω παρατεθείσας σχετικής νομολογίας (Σ.Τ.Ε. 780/2019, Σ.Τ.Ε. ΕΑ 395/2018) ότι προς διασφάλιση κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας, υφίσταται δυνατότητα κατάθεσης σχετικού υπομνήματος, το οποίο αντικρούει μεταξύ άλλων και την τυχόν ασκηθείσα παρέμβαση. Περαιτέρω, τυχόν Υπόμνημα της προσφεύγουσας και κατά τις κείμενες προαναφερόμενες διατάξεις, θα πρέπει να έχει κατατεθεί πέντε (5) ημέρες πριν την ορισθείσα εξέταση.[...]

Τέλος, επισημαίνεται ότι, βάσει της ρητής διάταξης του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, Υπόμνημα υποβάλλεται από τον προσφεύγοντα προς αντίκρουση των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και ουχί των τυχόν παρεμβαίνοντων και ως εκ τούτου, τα όσα περιλαμβάνονται στο παρόν Υπόμνημα προς αντίκρουση των αιτιάσεων του παρεμβαίνοντος («...»), δεν δύνανται να ληφθούν υπόψη από την Α.Ε.Π.Π., η δε αναφορά μεμονωμένης Απόφασης της Αρχής ουδόλως συνιστά πάγια νομολογία της, ως αναφέρει η προσφεύγουσα. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη : «

Πράγματι, κατά τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 δεν παρέχεται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να αποκρούσει τους ισχυρισμούς του εκάστοτε παρεμβαίνοντα, ωστόσο προς εξασφάλιση της αρχής της αντιμωλίας στο στάδιο της προδικαστικής, πλήν όμως ουσιαστικής εξέτασης της υπόθεσης και σε αρμονία με το άρθρο 20 Συντάγματος, η εν λόγω διάταξη του ν. 4412/2016 ερμηνευόμενη υπό το φως των ανωτέρω, ακόμη και εάν δε το προβλέπει ρητά, σε συμφωνία με το σκοπό για τον οποίο θεσπίστηκε και βάσει του ρόλου της ΑΕΠΠ που αφορά στην εκκαθάριση της υπόθεσης από πλευράς τουλάχιστον ουσιαστικών ισχυρισμών, πρέπει να ερμηνευθεί ότι επιτρέπει την αντίκρουση της παρέμβασης (βλ. και ΕΑ ΣΕ 51/2021 σκ.9).

27. Επειδή, στο **με αρ. πρωτ. ...(ορθή επανάληψη) Πρακτικό** της Επιτροπής (με το οποίο διορθώθηκε το από 18.03.2021 Πρακτικό), περιλαμβάνονται **οι αρχικές Απόψεις** της αναθέτουσας αρχής επί της κρινόμενης Προσφυγής. Ειδικότερα, στο ανωτέρω Πρακτικό αναφέρονται σε σχέση με τις εξεταζόμενη Προσφορά, τα εξής: *«Επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ..., η Επιτροπή εμπειρογνομόνων... εκτιμά ότι: 1α) τα προσφερόμενα αναλώσιμα (αρτηριοφλεβικές γραμμές και φίλτρα) πράγματι διατίθενται ως σετ (ζεύγος) και όχι μεμονωμένα. Συνεπώς, αν το ωφελούμενο Νοσοκομείο επιθυμεί να προμηθευτεί χωριστά το ένα από τα δύο αναλώσιμα, αυτό δεν θα καθίσταται εφικτό (Σχετικό 1 και 2). β) Στις περιπτώσεις 6 και 24 των τεχνικών προδιαγραφών των Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού ... ζητείται από τους συμμετέχοντες τα αναλώσιμα αυτών, δηλαδή αρτηριοφλεβικές γραμμές, φίλτρα κλπ, να μην καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Ωστόσο, από τα αναφερόμενα, τόσο το φύλλο συμμόρφωσης, όσο και στο συναφές υλικό τεκμηρίωσης που προσκόμισε η ως άνω εταιρεία «Αρήτη Ανώνυμη Εταιρεία Φαρμακευτικών και Ιατρικών Προϊόντων» δεν συνάγεται σαφώς και ανενδοίαστα ότι πληρούνται οι ως άνω προδιαγραφές - προϋποθέσεις του Διαγωνισμού.»*.

• Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. ...διαβιβαστικό έγγραφό της διαβίβασε εκ νέου στην Α.Ε.Π.Π το «Πρακτικό εμπειρογνομόνων -

διευκρινίσεις για 3^η φάση Διαγωνισμού “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΩΝ” της ...», με Θέμα: «**Ανάκληση μέρους του υπ' αριθμ. πρωτ ... (ορθή επανάληψη) πρακτικού (σχετ.1)**, το οποίο απαντά στα υπ' αρ. Πρωτ ... και του υπ' αρ. Πρωτ ... έγγραφα του τμήματος ανοικτών διαδικασιών προμηθειών ... της Δ/σης Οικονομικών της Γεν. Δ/σης Οικονομικών της ..., σχετικά με τις προδικαστικές προσφυγές στο πλαίσιο του 3^{ου} διαγωνισμού για την προμήθεια μηχανολογικού εξοπλισμού Νοσοκομείων Αττικής (Δ/ξη 18/2020)».

Πιο συγκεκριμένα, στο νεότερο, ως άνω Πρακτικό, με το οποίο η Επιτροπή ανακάλεσε τις αρχικές Απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, αναφέρονται επί λέξει τα κάτωθι: «[...] Επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ... ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ:

Η επιτροπή εμπειρογνομόνων αφού μελέτησε τις αιτιάσεις που διαλαμβάνονται στην προδικαστική προσφυγή της ανωτέρω εταιρίας, η οποία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ... απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία, κατόπιν του ανοίγματος και της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα 8 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού» του εν λόγω διαγωνισμού η εταιρία «Αρήτη Ανώνυμη Εταιρεία Φαρμακευτικών και Ιατρικών Προϊόντων», ανακαλεί τις απόψεις της όσον αφορά τις περιπτώσεις 1 α και 1 β του του υπ' αρ. πρωτ. ... (ορθή επανάληψη) πρακτικού της και συντάσσεται με τις απόψεις του ειδικού σε θέματα Νεφρολογίας κ. ... όπως αυτές αναλύονται στο ανωτέρω σχετικό 2. Κατά τα λοιπά (περίπτωση 2 και 3) ισχύει το υπ' αρ. πρωτ ... (ορθή επανάληψη πρακτικό της επιτροπής) [...]».

- Επισημαίνεται ότι το ως άνω (νεότερο) Πρακτικό συνοδεύεται από την αλληλογραφία των μελών της Επιτροπής με τον κ.... -ειδικό σε θέματα νεφρολογίας- ο οποίος με το, από 23.03.2021, μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απευθύνεται στο μέλος της Επιτροπής Διαγωνισμού κ. Στο μήνυμα αυτό, ο κ. ..., που σημειωτέον δεν αποτελεί μέλος της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, αναφέρεται στον τρόπο λειτουργίας των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, ενώ ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον ότι το μηχάνημα τεχνητού νεφρού ... δέχεται αποκλειστικά τις

αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες, επίσης, κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...» και οι οποίες καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) που ανήκει στην εταιρία «...», δηλώνει ότι δεν αντιλαμβάνεται *«τι σημαίνει το επισημαινόμενο στην ένσταση της ... ότι οι γραμμές των φίλτρων αιμοκάθαρσης που χρησιμοποιούνται στο εν λόγω μηχάνημα αιμοκάθαρσης ... καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο.»*. Τέλος, θα πρέπει να επισημανθεί ότι ο κ. ... διαπιστώνει — χωρίς ωστόσο να τεκμηριώνει τον σχετικό ισχυρισμό του — ότι: *«...δεν υφίσταται εν προκειμένω εργοστασιακό απόρρητο που θα προκαλούσε αδυναμία σε εταιρεία της χώρας μας να προσφέρει φίλτρα αιμοκάθαρσης κατά μια διαγωνιστική διαδικασία λόγω αδυναμίας εύρεσης και παροχής των συνοδευτικών γραμμών για χρήση σε οποιοδήποτε μηχάνημα Τεχνητού Νεφρού.»*.

- Ενόψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι δεν προκύπτει εάν ο κ. ... (Δ/ντής Νεφρολογίας), έχει λάβει γνώση των στοιχείων της επίμαχης Προσφοράς ή/και των όρων του ένδικου Διαγωνισμού, περαιτέρω δεν διατυπώνει σαφείς Απόψεις επί των προβαλλόμενων με την υπό κρίση Προσφυγή αιτιάσεων της εταιρίας «...», περαιτέρω η χρήση της φράσης: *«...η επιτροπή εμπειρογνομόνων ... ανακαλεί τις απόψεις της όσον αφορά τις περιπτώσεις 1 α και 1 β του του υπ' αρ. πρωτ ... (ορθή επανάληψη) πρακτικού της και συντάσσεται με τις απόψεις του ειδικού σε θέματα Νεφρολογίας κ.....»*, ως περιλαμβάνεται στο επίμαχο ως άνω Πρακτικό, καθιστά ελλιπείς και σε κάθε περίπτωση, ανακριβείς τις Απόψεις της οικείας αναθέτουσας αρχής επί του εξεταζόμενου ζητήματος (πλήρωση των με Α/Α 6 και 24 τεχνικών προδιαγραφών). Συνεπώς, από την συνδυαστική επισκόπηση του επίμαχου Πρακτικού και του μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του κ. ..., δεν προκύπτει σαφώς η άποψη της Περιφέρειας επί της εξεταζόμενης Προσφοράς, πολλώ δε μάλλον, όταν οι αρχικές Απόψεις της, ως αυτές περιλαμβάνονται στο με αρ. πρωτ. ...(ορθή επανάληψη) Πρακτικό της Επιτροπής, είναι εκ αντίθετες (απόκλιση της εξεταζόμενης Προσφοράς από τις τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης) σε σχέση με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, τα οποία, ως προελέχθη, είναι αορίστως διατυπωμένα και ως εκ τούτου, ανεπίδεκτα εκτίμησης.

Τέλος, υπενθυμίζεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» παρ. 2 του Ν. 4412/2016: «2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων.».

28. Επειδή, περαιτέρω, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

Α) Θα πρέπει καταρχάς να επισημανθεί ότι στη διάταξη του άρθρου 6 («Απαγόρευση δωρεών») του Ν. 2955/2001 («Προμήθειες Νοσοκομείων και λοιπών μονάδων υγείας των Πε.Σ.Υ. και άλλες διατάξεις», Α' 256), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζεται ότι: «Τα Πε.Σ.Υ. και οι αποκεντρωμένες μονάδες τους, καθώς και τα Νοσοκομεία της παρ. 10 του άρθρου 13 του Ν. 2889/2001, απαγορεύεται να αποδέχονται δωρεές με αντικείμενο την παραχώρηση της κυριότητας ή της χρήσης ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων, που επιδέχονται αντιδραστήρια και αναλώσιμα υλικά συγκεκριμένης μόνο εταιρίας ή συνδεδεμένων με αυτή εταιριών. Εξαιρέση συγχωρείται μόνο όταν η δωρεά περιλαμβάνει και τα αναλώσιμα υλικά και αντιδραστήρια, καθώς και το κόστος συντήρησης, για όλο το χρονικό διάστημα που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί το μηχάνημα». Περαιτέρω, στο άρθρο 7 («Διαγωνισμός με προσφορά τιμής ανά εξέταση ή πράξη»), παράγραφος 1 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι: «Οι ανάγκες των Πε.Σ.Υ. και των αποκεντρωμένων μονάδων τους, καθώς και οι ανάγκες των διασυνδεδεμένων με τα Πε.Σ.Υ. Νοσοκομείων, μπορεί να καλύπτονται με τη διενέργεια διαγωνισμών για την αγορά ή τη μίσθωση ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων και αναλωσίμων, με τη μέθοδο της προσφοράς από τους προμηθευτές τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή διαγνωστική ή θεραπευτική πράξη ή καθορισμένα σύνολα εργαστηριακών εξετάσεων ή διαγνωστικών ή θεραπευτικών πράξεων. Η προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνει

την παραχώρηση των μηχανημάτων, των αντιδραστηρίων, του αναλώσιμου υλικού και της συντήρησης για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι η απαγόρευση διάθεσης στο Δημόσιο «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, αποτέλεσε αντικείμενο ειδικής νομοθετικής μέριμνας, τούτο δε διασφαλίσθηκε, κατά τους σαφείς σκοπούς του Έλληνα νομοθέτη, αφ' ενός, με την απαγόρευση δωρεάς τέτοιων μηχανημάτων (άρθρο 6 του Ν. 2955/2001) και αφ' ετέρου, με τον περιορισμό των περιπτώσεων προμήθειάς τους από το Δημόσιο, μόνο στην εξαιρετική περίπτωση του διαγωνιστικού συστήματος της «τιμής ανά εργαστηριακή εξέταση ή θεραπευτική πράξη» (άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 2955/2001), όπου στην οικονομική προσφορά του υποψηφίου περιλαμβάνονται και τα αναλώσιμα και ο συνοδός εξοπλισμός.

Λαμβανομένου δε υπόψη ότι η προμήθεια αναλωσίμων συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό τεχνική χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων και ότι η προμήθεια μηχανημάτων που καλύπτονται από το «εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» ως προς τα αναλώσιμά τους, θα οδηγούσε σε υπερβολική τιμολόγηση και κατ' επέκταση, σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, σε σχέση με τα αναλώσιμα των αντίστοιχων μηχανημάτων και έτσι, σε ζημία της δημόσιας υγείας (άρθρο 21 παρ.3 Σ), στην ένδικη, υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη της τέθηκαν οι επίμαχες με Α/Α 6 και 24 (αντίστοιχα), τεχνικές προδιαγραφές βάσει των οποίων: «6. Το μηχανήμα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και «24. Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης). Τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές, φίλτρα αιμοκάθαρσης κ.λπ) για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.».

Συνεπώς, στην εξεταζόμενη περίπτωση, επιδιώκεται με πλήρη σαφήνεια η προμήθεια μηχανημάτων «ανοικτού τύπου», ήτοι μηχανημάτων που μπορούν να λειτουργούν με χρήση οποιουδήποτε αναλώσιμου, επειδή τα ζητούμενα

μηχανήματα τεχνητού νεφρού, θα παραμείνουν μόνιμα στο Νοσοκομείο και θα πρέπει, λόγω της σπουδαιότητας της κατά προορισμό χρήσης τους, να λειτουργούν ομαλά, χωρίς να ανακύπτουν ζητήματα ασφαλείας για τους ασθενείς. Έχει παρατηρηθεί ότι, λόγω της στενής σύνδεσης μηχανημάτων και αναλώσιμων, σε περίπτωση προμήθειας μηχανημάτων «κλειστού τύπου», ο ανάδοχος ή - σε κάθε περίπτωση - ο κατασκευαστικός οίκος, μπορεί, ευρισκόμενος σε πλεονεκτική θέση έναντι της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώσει κατά το συμφέρον του το κόστος των αναλωσίμων σε τέτοιο ύψος, που ενδέχεται, με την πάροδο του χρόνου, να αποβεί τελικώς δυσανάλογα υψηλό ή υπέρογκο σε σχέση με το τίμημα για την απόκτηση του μηχανήματος. Για τον λόγο ακριβώς αυτόν, οι προμηθευτές «κλειστού τύπου» μηχανημάτων προσφέρουν αρχικώς χαμηλή τιμή για το μηχάνημα, αφού, σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, η αναθέτουσα αρχή θα είναι πλέον αναγκασμένη να καταβάλλει το οποιοδήποτε τίμημα για τα συγκεκριμένα αναλώσιμα, τα οποία καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Η συγκεκριμένη πρακτική, δύναται να οδηγήσει σε κατάχρηση της οικείας αγοράς (ιατροτεχνολογικών προϊόντων) και συνεπώς, στην κερδοσκοπία των εν λόγω προμηθευτών, κατά παράβαση της ενωσιακής αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. και υπ' αριθμ. 167/2019 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου, σκέψη 32).

Β) Λόγοι προσφυγής: 1. Ελλιπής συμπλήρωση Φύλλου Συμμόρφωσης – 2. Απόκλιση Προσφοράς από τις με Α/Α 6 και 24 τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II

- Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η εξεταζόμενη Προσφορά δέον ακυρωθεί, ως αποκλίνουσα από απαράβατους όρους της Διακήρυξης, διότι τόσο στο πεδίο 6 (που αφορά στην απαίτηση περί μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αρτηριοφλεβικών γραμμών που δέχεται το μηχάνημα), όσο και στο πεδίο 24 (που αφορά στην απαίτηση περί μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής των αναλωσίμων υλικών - γραμμών, φίλτρων αιμοκάθαρσης κλπ- που δέχεται το μηχάνημα για τη διεξαγωγή των μεθόδων Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή

διαλυμάτων) του υποβληθέντος Φύλλου Συμμόρφωσης, η καθής η Προσφυγή, αντί να αντιγράψει, ως έδει, το συγκεκριμένο περιεχόμενο των επίμαχων προδιαγραφών, ώστε να δεσμευθεί για το ότι η Προσφορά της συμμορφώνεται προς αυτές, αναγράφει τεχνηέντως ότι : **«Τα είδη διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών — δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016.»** και **«Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016»**, αντίστοιχα.

Επιπλέον, σε κανένα σημείο της υποβληθείσας «Αναλυτικής Τεχνικής Προσφοράς», της υποβληθείσας Βεβαίωσης Αναλωσίμων ή του Prospectus και του Operational manual που υπέβαλε με την Προσφορά της ΔΕΝ αναγράφεται ρητώς ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές και τα αναλώσιμα υλικά δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, ενώ, περαιτέρω, ουδεμία σχετική διευκρίνιση δίδεται στα ως άνω έγγραφα προς επαλήθευση της ζητούμενων τεχνικών απαιτήσεων. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι στην υποβληθείσα Βεβαίωση Αναλωσίμων υπάρχει σαφής αναφορά για το ότι οι φύσιγγες δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, ως ζητείται, γεγονός που αποδεικνύει ότι, όπου πληρούται η τεθείσα απαίτηση, η παρεμβαίνουσα εταιρία το δήλωσε ρητώς.

Συνεπώς, πέραν του ανακριβώς συμπληρωμένου Φύλλου Συμμόρφωσης, τόσο από την επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου, όσο και από τα λοιπά στοιχεία/δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν με την επίμαχη Προσφορά (π.χ Prospectus ..., Operational Manual ... κλπ), προκύπτει σαφώς απόκλιση της συγκεκριμένης Προσφοράς από τις με Α/Α 6 και 24 τεχνικές προδιαγραφές, αφού τα προσφερόμενο από την καθής η Προσφυγή μηχάνημα (μοντέλο «...») που κατασκευάζεται από τον ιαπωνικό οίκο «...» και διανέμεται στην Ευρώπη από την θυγατρική εταιρία «...»: α) δέχεται αποκλειστικά τις αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες, επίσης, κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...», προκειμένου να δύναται να διεξάγει τις μεθόδους Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων και β) για τη

λειτουργία ONLINE HDF/ ON LINE HF, απαιτείται η χρήση μόνο εγκεκριμένων αναλωσίμων από την ανωτέρω κατασκευάστρια εταιρία.

Καταληκτικά, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από τις γενικόλογες και ελλιπείς απαντήσεις που δόθηκαν στο Φύλλο Συμμόρφωσης ως προς τα επίμαχα ζητήματα, αλλά ιδίως από τα στοιχεία που υποβλήθηκαν με την Προσφορά της παρεμβαίνουσας, συνάγεται σαφώς ότι η Προσφορά της, όχι μόνο δεν υποβλήθηκε προσηκόντως (παράβαση της Ενότητας Β «Τεχνική Προσφορά» του άρθρου 3 της εν θέματι Διακήρυξης), αλλά και ότι δεν πληροί τις τιθέμενες τεχνικές απαιτήσεις του Παραρτήματος II. Ως εκ τούτου, θα πρέπει να ακυρωθεί βάσει του άρθρου 7 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») περ. β), δ) και ζ) της Διακήρυξης, κατά δέσμια αρμοδιότητα της οικείας αναθέτουσας αρχής.

● Κατά την παρεμβαίνουσα, το Φύλλο Συμμόρφωσης δεν συνιστά, σε καμία περίπτωση, μια «δεύτερη Τεχνική Προσφορά», στην οποία θα πρέπει να αναφέρονται λεπτομερώς οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου προϊόντος, καθώς η συμπλήρωσή του έχει ως αποκλειστικό στόχο τη διευκόλυνση του έργου της Επιτροπής Διαγωνισμού. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η οποία ερμηνεύει κατά το δοκούν τα αναφερόμενα στο Prospectus και στο Operational Manual του προσφερόμενου μηχανήματος, αυτό που ισχύει είναι ότι το εν λόγω μηχάνημα: α) επιδέχεται αναλώσιμα τόσο του Κατασκευαστή του, όσο και τρίτων κατασκευαστών, β) **είναι, κατά κανόνα, συμβατό ακόμα και με μη εγκεκριμένα από τον Κατασκευαστή του μηχανήματος αναλώσιμα τρίτων κατασκευαστών** και γ) στην περίπτωση χρήσης αναλωσίμων τρίτων κατασκευαστών, ο κατασκευαστής του μηχανήματος απλώς συστήνει την **ύπαρξη προηγούμενης έγκρισής** του για τα εν λόγω αναλώσιμα, προκειμένου να εξασφαλιστεί πλήρως η βέλτιστη λειτουργία του μηχανήματος. Επίσης, από τα ανωτέρω έγγραφα που υπέβαλε με την Προσφορά της, προκύπτει το αυτονόητο, ότι δηλαδή, το προσφερόμενο μηχάνημα - όπως, άλλωστε, όλα ανεξαιρέτως τα μηχανήματα αιμοκάθαρσης - χρησιμοποιεί εκ κατασκευής τη «δική του» αρτηριοφλεβική γραμμή, η οποία δύναται να παράγεται όχι μόνον από τον κατασκευαστή του, αλλά και από άλλους κατασκευαστές ιατροτεχνολογικών προϊόντων, σύμφωνα,

βέβαια, με τον αρχικό σχεδιασμό της συγκεκριμένης A/V γραμμής, που είναι η μόνη κατάλληλη για το συγκεκριμένο μηχάνημα.

► **1^{ος} λόγος: Ελλιπής συμπλήρωση Φύλλου Συμμόρφωσης**

• Ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας που αφορούν στη συμπλήρωση του Φύλλου Συμμόρφωσης, υπενθυμίζεται ότι, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην Ενότητα Β. του άρθρου 3 της εν θέματι Διακήρυξης: «2) Για την απόδειξη της δήλωσης αποδοχής των Τεχνικών Προδιαγραφών, που έγινε με τη λέξη NAI στο πεδίο αποδοχής των όρων της Τεχνικής Προσφοράς του (άρθρο 3B1 του παρόντος), οι οικονομικοί φορείς θα υποβάλλουν περιγραφή/φωτογραφίες (ήτοι Τεχνικά Φυλλάδια με αναλυτική τεχνική τεκμηρίωση), σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, βάσει των οποίων θα συντάξουν και θα υποβάλουν Πίνακα Συμμόρφωσης με τις Τεχνικές Προδιαγραφές, ψηφιακά υπογεγραμμένο. **Συγκεκριμένα, για κάθε είδος προσφερόμενου εξοπλισμού, θα πρέπει: Α. να τεκμηριώσουν, με σαφήνεια και σημείο προς σημείο, καθεμιά απαίτηση των Τεχνικών Προδιαγραφών, με σαφή αντιστοίχιση αυτών με τα Τεχνικά φυλλάδια του κατασκευαστικού οίκου (παραπέμποντας για κάθε απαίτηση στο ακριβές συγκεκριμένο σημείο) ή με άλλο έγκυρο και αδιαμφισβήτητο μέσο. Προσφορές οι οποίες, επί παραδείγματι, είτε απλά θα αντιγράφουν την τεχνική περιγραφή της Διακήρυξης είτε θα απαντούν μονολεκτικά NAI ή «συμφωνούμε», χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπή – αντιστοιχία μεταξύ Τεχνικών Προδιαγραφών και Τεχνικών Φυλλαδίων, θα απορρίπτονται. [...]**».

- Στο πεδίο 6 του υποβληθέντος Φύλλου Συμμόρφωσης έχει τεθεί η απάντηση: «Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη αυτά διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών -δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016» και περαιτέρω, έχουν συμπληρωθεί οι εξής παραπομπές: «Αναλυτική Τεχνική προσφορά: σελ. 3 παράγρ. 5 & Κατατιθέμενη Βεβαίωση στο φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ-ΤΕΧΝΙΚΗ

ΠΡΟΣΦΟΡΑ Operation manual: κεφ. 1 σελ. 1-57 παρ. 1.9.1 & 1.9.2, κεφ. 3 σελ. 3-14 παρ. 3.5, κεφ. 3 σελ. 3-25 παρ. 3.6.4, κεφ. 3 σελ. 3-27 παρ. 3.6.5, κεφ. 9 σελ. 9-37 παρ. 9.8 στο φάκελο παράρτημα προσφορά»

- Στο πεδίο 24 του υποβληθέντος Φύλλου Συμμόρφωσης έχει τεθεί η απάντηση: «Διενεργεί τις σύγχρονες μεθόδους παραλλαγής της συμβατικής αιμοκάθαρσης (Αιμοδιήθηση και Αιμοδιαδιήθηση με on-line παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης) ON-LINEHF και ON-LINEHDF με δυνατότητα έγχυσης διαλύματος αναπλήρωσης 30 lt και 18 lt ανά ώρα, αντίστοιχα και με δυνατότητα αυτόνομης παρασκευής διαλύματος υποκατάστασης. Χρησιμοποιεί όλα τα σύγχρονα φίλτρα για παραλλαγές, ήτοι φίλτρα high flux, middle flux, high efficiency κλπ. όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων και εργοστασίων. Παρέχεται η δυνατότητα στο χρήστη να αλλάζει συνεχώς και κατ' επιλογή, τους τύπους/είδη... Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών -δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016» και περαιτέρω, έχουν συμπληρωθεί οι εξής παραπομπές: «Αναλυτική Τεχνική προσφορά: σελ. 7 παράγρ. 24, Κατατιθέμενη Βεβαίωση, Πίνακας Αναλώσιμων, prospectus: σελ. 3 παρ. «REDUCING COSTS» σελ.14 παρ. «ONLINEHDF», σελ. 15 παρ. «TREATMENTOPTIONS» στο φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ Operation manual: κεφ. 1 σελ. 1-57 παρ. 1.9.1, σελ. 1-81 παρ.1.10.12,κεφ.3 σελ.3-18 παρ. 3.5.6, σελ. 3-23 παρ. 3.6.3 εφ.10 σελ. 10-1 έως 10-5 στο φάκελο παράρτημα προσφοράς».

Από το περιεχόμενο των ανωτέρω πεδίων 6 και 24 αντίστοιχα, προκύπτει ότι η καθής η Προσφυγή δεν τεκμηριώνει «**με σαφήνεια και σημείο προς σημείο, καθεμιά απαίτηση των Τεχνικών Προδιαγραφών**», ως ρητώς και σαφώς απαιτεί το άρθρο 3 της Διακήρυξης, παρόλο που 'το πεδίο των παραπομπών έχει συμπληρωθεί προσηκόντως για κάθε μία εκ των επίμαχων απαιτήσεων ξεχωριστά. Επομένως, παρά το σαφές περιεχόμενο των με Α/Α 6 και 24 τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, η εν λόγω εταιρία ΔΕΝ δηλώνει ρητά ότι το προσφερόμενο μηχάνημα δέχεται

αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής (A/A 6), ούτε ότι τα αναλώσιμα υλικά (γραμμές, φίλτρα αιμοκάθαρσης κ.λπ) για την διεξαγωγή των σχετικών μεθόδων δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής (A/A 24). Πέραν τούτου, στα σχετικά έγγραφα/δικαιολογητικά, στα οποία παραπέμπει η παρεμβαίνουσα στο οικείο Φύλλο Συμμόρφωσης ουδόλως περιλαμβάνεται σχετική αναφορά ή διευκρίνιση σχετικά με την πλήρωση των επίμαχων απαιτήσεων, τις οποίες σημειωτέον αποδέχθηκε πλήρως η παρεμβαίνουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον ένδικο Διαγωνισμό.

Σημειώνεται στο σημείο αυτό, ότι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, Απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και Απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) και τούτο, διότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι, λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.).

Για παράδειγμα, στην, από 25.11.2020, Βεβαίωση Αναλωσίμων που υπέβαλε η εταιρία (βλ. ηλ. αρχείο «Βεβαίωση ARITI για αναλώσιμα υλικά.pdf»), αναφέρεται ότι: *«Το προσφερόμενο μηχάνημα χρησιμοποιεί **φίλτρα αιμοκάθαρσης** όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων - εργοστασίων σύμφωνα με το εναρμονισμένο πρότυπο EN 1283 και ISO 8637. Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές που συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή των*

φίλτρων και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. **2. Το προσφερόμενο μηχάνημα δέχεται φύσιγγες που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές.** 3. Το προσφερόμενο μηχάνημα διενεργεί τις σύγχρονες μεθόδους παραλλαγής της συμβατικής αιμοκάθαρσης (Αιμοδιήθηση και Αιμοδιαδιήθηση με on-line παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης) ON-LINEHF και ON-LINEHDF. Τα πιο πάνω είδη καθώς και τα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων, βλ. Πίνακα Αναλωσίμων στον φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ, **διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016».**

Συνεπώς, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, μολονότι η εταιρία «...», αμφισβητεί την ανάγκη ακριβούς μεταφοράς των τιθέμενων τεχνικών απαιτήσεων στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, εντούτοις, σε αντίθεση με τους προβαλλόμενους ως προς τις επίμαχες απαιτήσεις ισχυρισμούς της, στην ανωτέρω Βεβαίωση δήλωσε ρητά ότι: «*Το προσφερόμενο μηχάνημα δέχεται φύσιγγες που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής*».

Με βάση τα προλεχθέντα και σύμφωνα με τη θεμελιώδη αρχή της τυπικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απορρίπτονται εν προκειμένω οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους, δεν χρειάζεται ακριβής αντιγραφή των τιθέμενων τεχνικών απαιτήσεων στο Φύλλο Συμμόρφωσης ή ότι τυχόν ελλείψεις σε αυτό δεν μπορούν να στοιχειοθετήσουν απόρριψη της Προσφοράς. Και τούτο, διότι από την απλή γραμματική διατύπωση του άρθρου 3 (ενότητα Β) της Διακήρυξης, που είναι σαφώς διατυπωμένο και δεν καταλείπει περιθώρια παρερμηνείας του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, προκύπτει ότι ΚΑΘΕ ΜΙΑ απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών της οικείας Διακήρυξης θα πρέπει να περιγράφεται ΕΙΔΙΚΩΣ και με σαφήνεια, ήτοι, άμεσα και όχι έμμεσα ως υπονοεί ο παρεμβαίνων, στο Φύλλο Συμμόρφωσης, το οποίο, σε κάθε περίπτωση, αποτελεί ουσιώδες

έγγραφο της Προσφοράς, αφού κατ' ουσίαν αποτελεί δήλωση αποδοχής των τιθόμενων τεχνικών προδιαγραφών.

Επισημαίνεται, επίσης, ότι, προϋπόθεση για την πληρότητα μιας Προσφοράς, συνιστά η πλήρης, σαφής, αναλυτική και δεόντως τεκμηριωμένη υποβολή των στοιχείων της (συμπεριλαμβανομένου του Φύλλου Συμμόρφωσης), τα οποία θα πρέπει να τελούν σε πλήρη ανταπόκριση με την τεχνική περιγραφή της εκάστοτε Διακήρυξης. Ως, άλλωστε, έχει κριθεί, η έλλειψη τεκμηρίωσης, σύμφωνα με τις ειδικότερες απαιτήσεις της Διακήρυξης, αποτελεί λόγο απόρριψης εντελώς διάφορο των λόγων για κατ' ουσίαν πλήρωση ή μη των τεχνικών προδιαγραφών (βλ. υπ' αριθμ. 31/2018 Απόφαση (πρώην) 3^{ου} Κλιμακίου, σκέψη 28, εισηγητής Μιχαήλ Σειραδάκης, ΔΕΦΑΘ 188/2015, σκ. 6 κλπ), που δεν δύναται να θεραπευθεί ούτε με τη χρήση της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 για παροχή διευκρινίσεων. Με βάση τα προλεχθέντα, η επίμαχη Προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 7 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» περ. β) και δ) της επίμαχης Διακήρυξης

Εν κατακλείδι, επειδή από τον εξέταση της Προσφοράς της καθής η Προσφυγή ουδεμία απολύτως αναφορά (ούτε επαλήθευση) προκύπτει όσον αφορά στην πλήρωση της απαίτησης για ΜΗ κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο, τόσο των αρτηριοφλεβικών γραμμών, όσο και των αναλωσίμων υλικών για τη διεξαγωγή των ζητούμενων μεθόδων αιμοκάθαρσης, κατά ευθεία παράβαση των - επί ποινή αποκλεισμού - οικείων τεχνικών απαιτήσεων (σε αντιδιαστολή την πανηγυρική απάντηση της εν λόγω εταιρίας στο Φύλλο Συμμόρφωσης για τη μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο της φύσιγγας), ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

► 2^{ος} λόγος Προσφυγής: Απόκλιση της Προσφοράς από τις με Α/Α 6 και 24 τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II

Ανεξάρτητα, όμως, από το ότι η παρεμβαίνουσα δεν απάντησε ειδικώς και συγκεκριμένα στο Φύλλο Συμμόρφωσης ότι πληροί τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές (μάλιστα, ως προελέχθη, η πλήρωσή τους δεν επαληθεύεται ούτε από τις παραπομπές που τέθηκαν σε αυτό), από το σύνολο των εγγράφων

που συναποτελούν την τεχνική της προσφορά, προέκυψε ότι το εκ μέρους της προσφερόμενο μηχάνημα δεν τις πληροί. Και τούτο, διότι από την προσεκτική ανάγνωση του Operation Manual του προσφερόμενου μηχανήματος και παρά την απουσία αναφοράς/αποσιώπηση περί ύπαρξης ή μη εργοστασιακού απορρήτου στην υποβληθείσα «Αναλυτική Τεχνική Περιγραφή», προκύπτει εμμέσως -πλην σαφώς- ότι η ίδια η κατασκευάστρια εταιρία συνομολογεί την απόκλιση αυτή.

Ειδικότερα, στο Κεφάλαιο 1 παρ. 1.9 «Αναλώσιμα», σελ. 1-57 του Operation Manual, αναφέρεται ως προς τα αναλώσιμα: «... Το DBB-EXA ενδέχεται να μην είναι συμβατό με μη εγκεκριμένα αναλώσιμα». Επίσης, στην παράγραφο 1.9.2. της ίδιας σελίδας, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «Η βέλτιστη λειτουργία με μονή βελόνα διασφαλίζεται μόνο με χρήση των αυθεντικών σετ γραμμής αίματος».

Επίσης, το ότι προσφερόμενο μηχάνημα ... είναι μεν συμβατό με όλα τα φίλτρα αιμοκάθαρσης που κυκλοφορούν στην αγορά, πλην όμως για τη βέλτιστη λειτουργία τους και τη μείωση του κινδύνου ελαφριάς ή μέτριας βλάβης στον ασθενή, απαιτείται η χρήση σετ γραμμής αίματος αυθεντικών και εγκεκριμένων από την κατασκευάστρια εταιρία «...» για το συγκεκριμένο μοντέλο, τα οποία είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρίας και δη, η σειρά AV18, προκύπτει και από το Κεφάλαιο 1 σελίδα 1/76 παρ. «Αντλία Αίματος», και το Κεφάλαιο 3, παρ. 3.5., σελ. 3/14 του Operational Manual, όπου αναφέρεται (και δη, σε αμφότερα τα ανωτέρω σημεία), ότι: «Για να μειώσετε τον κίνδυνο ελαφράς ή μέτριας βλάβης στον ασθενή από ανεπαρκή θεραπεία, χρησιμοποιείτε μόνο σετ γραμμής αίματος εγκεκριμένα από τη ... για χρήση με το ... (βλ. "1.9.2 Σετ γραμμής αίματος" (Σελίδα 1-57))». Συνακόλουθα, κατά τα αναφερόμενα στο Operational Manual και για τη λειτουργία ONLINE HDF/ ON LINE HF απαιτείται η χρήση μόνο εγκεκριμένων αναλωσίμων από την κατασκευάστρια εταιρία (βλ. Κεφάλαιο 10, σελ. 10/1-10/5 παρ. 10 και 10.1.4, όπου αναφέρεται ότι: «Χρησιμοποιείτε μόνο εγκεκριμένα αναλώσιμα»).

Τέλος και για τη λειτουργία Μέτρησης Ρυθμού Επανακυκλοφορίας Αγγειακής Προσπέλασης, απαιτείται η χρήση «μίας από τις γραμμές αίματος που

καθορίζονται στο «1.9.2 Σειτ γραμμής αίματος» (Σελίδα 1-57). Η χρήση οποιασδήποτε άλλης γραμμής αίματος θα διακυβεύσει την ακρίβεια της μέτρησης.» (βλ. Κεφάλαιο 12 του Operational Manual, σελ. 12/27, παρ. 12.6.2). Από τα ανωτέρω χαρακτηριστικά του μηχανήματος προκύπτει σαφώς ότι η συγκεκριμένη A/V γραμμή, με την οποία λειτουργεί με το μηχάνημα αιμοκάθαρσης «...», είναι μια γραμμή πατενταρισμένη και επομένως, το μηχάνημα ανήκει στην κατηγορία των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης «κλειστού τύπου», τα οποία, ως προελέχθη, οδηγούν σε υπερβολική τιμολόγηση εκ μέρους του προμηθευτή/αποκλειστικού αντιπροσώπου και συνεπακόλουθα, σε δημιουργία δεσπόζουσας θέσης εντός της οικείας αγοράς ιατροτεχνολογικών προϊόντων και σε σημαντική παρακώλυση του υγιούς ανταγωνισμού. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη «το γεγονός ότι προϊόν ανήκει σε κατηγορία κλειστού τύπου» δεν άγει αυτομάτως στο συμπέρασμα ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά και σε σημαντική παρακώλυση του υγιούς ανταγωνισμού, χωρίς να έχει προηγηθεί σχετική οικονομοτεχνική ανάλυση στο πλαίσιο της οικείας αγοράς». Επίσης, μπορεί μεν το προσφερόμενο μηχάνημα να είναι συμβατό με όλα τα φίλτρα αιμοκάθαρσης που κυκλοφορούν στην αγορά, πλην, όμως, για τη βέλτιστη λειτουργία του και τη μείωση του κινδύνου ελαφριάς ή μέτριας βλάβης στον ασθενή, απαιτείται, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, η χρήση σετ γραμμής αίματος αυθεντικών και εγκεκριμένων από την κατασκευάστρια εταιρία «...» για το συγκεκριμένο μοντέλο, τα οποία είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρίας και δη, η σειρά AV18.

- Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται σαφώς ότι η εξεταζόμενη Προσφορά αποκλίνει από τις επίμαχες με A/A 6 και 24 τεχνικές προδιαγραφές, με συνέπεια να καθίσταται πλημμελής και για τον λόγο αυτόν, ακυρωτέα (βλ. άρθρο 7 περ. ζ της Διακήρυξης), απορριπτομένων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος περί αυθαίρετης ερμηνείας των εγγράφων της Προσφοράς του εκ μέρους του προσφεύγοντος ή περί μη απόδειξης από τον προσφεύγοντα (που φέρει το βάρος απόδειξης) των σχετικών ισχυρισμών του. Άλλωστε, η απόκλιση της υπό εξέταση Προσφοράς από τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές προέκυψε (άμεσα ή/και έμμεσα) από το σύνολο των στοιχείων

που επικαλείται η προσφεύγουσα (π.χ Αναλυτική Τεχνική Προσφορά, έγγραφα του κατασκευαστή, αλληλογραφία προσφεύγοντος με τον Δ/ντή Πωλήσεων της «...» κλπ), σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η «...» είναι η μοναδική εξουσιοδοτημένη αντιπρόσωπος του οίκου «...», απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

Εξάλλου, και η ίδια παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι σε περίπτωση χρήσης αναλωσίμων τρίτων κατασκευαστών, θα πρέπει να δοθεί έγκριση από τον κατασκευαστή του επίμαχου μηχανήματος, προκειμένου να εξασφαλιστεί πλήρως η βέλτιστη λειτουργία του. Εντούτοις, παρά τους προβαλλόμενους στην ασκηθείσα Παρέμβασή της ισχυρισμούς, ότι δηλαδή το προσφερόμενο μηχάνημα είναι συμβατό ακόμα και με μη εγκεκριμένα από τον κατασκευαστή αναλώσιμα τρίτων κλπ, η παρεμβαίνουσα ουδόλως αναφέρει πόσοι και ποιοι υποψήφιοι προμηθευτές δύνανται να προμηθεύσουν τα επίμαχα αναλώσιμα υλικά, ώστε, εκτός από την πλήρωση των οικείων τεχνικών όρων, να αποδείξει και τη διασφάλιση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στον ένδικο Διαγωνισμό. Συνεπώς, από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι καμία εταιρία που παράγει A/V γραμμές ή που προμηθεύεται αναλώσιμα, δεν μπορεί να τα προσφέρει, χωρίς να έχει λάβει προηγουμένως την έγκριση της εταιρίας που κατέχει την συγκεκριμένη πατέντα, ώστε να διασφαλισθεί η βέλτιστη λειτουργία του μηχανήματος.

Τέλος, αλυσιτελώς προβάλλονται από την παρεμβαίνουσα ισχυρισμοί που ερείδονται στην πλήρωση της με A/A 5 τεχνικής προδιαγραφής, με την οποία ζητείται: «5. Να χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων», αφού η συνδυαστική απαίτηση πλήρωσης της με A/A 5 τεχνικής προδιαγραφής και των επίμαχων με A/A 6 και 24 προδιαγραφών, αποδεικνύουν, σε κάθε περίπτωση, τη βούληση της οικείας αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια μηχανήματος **«ανοικτού τύπου»**, περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω.

• Περαιτέρω, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, από την επισκόπηση του, από 23.03.2021, Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, με Θέμα: «Πρακτικό εμπειρογνωμόνων - διευκρινίσεις για 3^η φάση Διαγωνισμού

“ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΩΝ” της ...», με το οποίο η Επιτροπή ανακάλεσε εν μέρει το με αρ. πρωτ. ...(ορθή επανάληψη) Πρακτικό της και ειδικότερα τις Απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, προκύπτει ότι: *«... αποτελείται από την ηλεκτρονική αλληλογραφία των μελών της που άλλοτε συντάσσονται προς τις απόψεις του κ, ... ο οποίος σημειωτέον δεν αποτελεί μέλος της κι άλλοτε συμφωνούν σε "αναδιατύπωση" των αρχικών απόψεων, με βάση τις θέσεις του κ. ... (βλ. το από 23.03.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και το από 23.03.2021 μήνυμα ηλεκτρ. ταχυδρομείου της κ. ...), χωρίς όμως να απαντούν καθόλου στους λόγους προσφυγής μας που αφορούν τα τυπικά ζητήματα του Διαγωνισμού και δη την συμφωνία του Φύλλου Συμμόρφωσης και της Τεχνικής Προσφοράς στους όρους του Διαγωνισμού...»*. Δέον επισημανθεί ότι, από στο περιεχόμενο του ηλεκτρονικού μηνύματος του κ. ..., με το οποίο εν τέλει συντάχθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού, αναφέρεται ότι : *«...δυστυχώς μερικές εταιρείες που παράγουν γραμμές φίλτρων αιμοκάθαρσης δεν κατορθώνουν να έχουν το απολύτως επιθυμητό αποτέλεσμα και οι όταν χρησιμοποιούνται οι γραμμές των μπορεί να υπάρχουν προβλήματα καλής λειτουργίας του μηχανήματος και ασφάλειας της αιμοκάθαρσης για τον ασθενή ...»*.

Συνεπώς, αφού, ως προελέχθη στη σκέψη 27 της παρούσας, από την επισκόπηση του νεότερου Πρακτικού της Επιτροπής, με το οποίο ανακάλεσε τις αρχικές Απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, ΔΕΝ προκύπτει σαφώς η τελικώς διαμορφωθείσα Άποψη της αναθέτουσας αρχής επί της Προσφοράς της εταιρίας με τον δ.τ. «...» — πολλώ δε μάλλον, όταν οι αρχικώς διατυπωθείσες Απόψεις της ήταν αντίθετες (απόκλιση της εξεταζόμενης Προσφοράς από τις τεχνικές απαιτήσεις της Διακήρυξης) σε σχέση με τα διαλαμβανόμενα στο επίμαχο Πρακτικό — τυγχάνει, εν προκειμένω, εφαρμογής το άρθρο 365 («Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής») παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου, δύναται να συναχθεί τεκμήριο ομολογίας της οικείας αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

Τέλος, υπενθυμίζεται ότι, κατά πάγια νομολογία, μια Προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της

αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, Αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Με βάση το σύνολο των προαναφερθέντων και δοθέντος ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη - όπως, εξάλλου, και οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές - πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής Προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη Προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), μη νομίμως και ανατιμολογήτως έγινε αποδεκτή η υπό εξέταση Προσφορά και ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και αντίστοιχα, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. υπ' αριθμ. ...Απόφαση της Ο.Ε της ... (ΑΔΑ: ...) - κατ' αποδοχή των υπ' αρ. ..., ...και ...Πρακτικών της Τριμελούς Γνωμοδοτικής Επιτροπής - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού νοσοκομείων» (υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη), κατά το μέρος που έκανε δεκτή την Προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» ως προς την επίμαχη Ομάδα 8 («Μηχανήματα τεχνητού νεφρού») του εν λόγω Διαγωνισμού και ανέδειξε αυτόν προσωρινό μειοδότη της Ομάδας αυτής, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων δέκα εννέα ευρώ και τριάντα έξι λεπτών 2.419,36€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 10 Μαΐου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Α. Λεπίδα