

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.03.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 581/18.03.2021 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ... χιλιόμετρο ...(...)..., στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., Λεωφόρος ..., αρ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με από 24.11.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του

Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με από 24.11.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο ... «...» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό κάτω των ορίων, με Αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 14.10.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» (CPV: ..., ..., ..., ..., ...), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκατόν ενενήντα τριών χιλιάδων ευρώ (193.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 18^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 24^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 18.11.2020 και ώρα 11:03:05 π.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...Απόφασης (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.03.2021, οπότε και έλαβε πλήρη

Αριθμός Απόφασης: 912/2021

γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 18.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με από 24.11.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού, γ) να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και δ) να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

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

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 16.03.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού εξακοσίων πενήντα τριών ευρώ και είκοσι πέντε λεπτών (653,25 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού

Αριθμός Απόφασης: 912/2021

αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

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

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

10. Επειδή, στις 22.03.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 30.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 30 Μαρτίου 2021 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., Λεωφόρος ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει τεχνικά αποδεκτή και έχει προκριθεί στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

Αριθμός Απόφασης: 912/2021

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 704/19.03.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 19.03.2021 και υπέβαλε αρχικά στις 29.03.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 21.04.2021 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το από 21.04.2021 υπόμνημά της.

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν αποδεκτή και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. ...Απόφασης (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με από 24.11.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης: 912/2021

έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού και προκρίθηκε στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» και το άρθρο 94 «Περιεχόμενο φακέλου “Τεχνική Προσφορά”» του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

17. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά

και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής 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 στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

18. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, 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. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko 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. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της

ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

19. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 5-13 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «B. ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Αποδοχή της Τεχνικής Προσφοράς, η οποία αποκλίνει από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης.», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και προκρίθηκε αυτή στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η προσφορά της δεν συμμορφώθηκε με επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης και δη τις τεχνικές προδιαγραφές του προσφερόμενου από αυτήν είδους, όπως αποτυπώνονται στο υποβληθέν εντός του φακέλου της τεχνικής προσφοράς της, Φύλλο Συμμόρφωσης, τις αντίστοιχες υπεύθυνες δηλώσεις και τα τεχνικά φυλλάδια, όπως τα προσκομίζει μετ' επικλήσεως στην προσφυγή της (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ_signed.pdf», «ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ_signed.pdf» και «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ

ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ_signed.pdf»), για τους λόγους που ειδικότερα επικαλείται η προσφεύγουσα στις οικείες σελίδες της προσφυγής της. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έχει υποβληθεί κατά παράβαση των αναφερόμενων στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» της διακήρυξης, Τεχνικών Προδιαγραφών 5 και 21. Επί του ανωτέρω, πρώτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου ...Απόψεών της, σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, υποστηρίζει τα ακόλουθα: «[...]. Η Επιτροπή Αξιολόγησης έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...» διότι πληροί τους όρους και τις Τεχνικές Προδιαγραφές της ...διακήρυξης.

Ειδικότερα, σχετικά με τη συμμόρφωση της ως προς την αρ. 5 Τεχνική Προδιαγραφή, η Επιτροπή αποφάνθηκε θετικά, διότι α) στο φύλλο συμμόρφωσης, β) στην Τεχνική Προσφορά-Περιγραφή, γ) στον Πίνακα Αναλωσίμων, της εταιρείας «...» αναγράφεται ότι στο προσφερόμενο μηχάνημα ...-...του οίκου ..., για τη διενέργεια αιμοκάθαρσης, on line αιμοδιήθησης απαιτούνται, μεταξύ άλλων αναλωσίμων, φίλτρα αιμοκάθαρσης και αρτηριοφλεβικές γραμμές.

Επίσης αναγράφεται ότι χρησιμοποιούνται όλα τα σύγχρονα φίλτρα αιμοκάθαρσης low flux, high flux, middle flux, high efficiency κλπ **όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων-εργοστασίων** με απόλυτη ασφάλεια και σύμφωνα και τα διεθνή πρότυπα.

Σχετικά με τις αρτηριοφλεβικές γραμμές αναγράφεται ότι διατίθενται **με τα ως άνω φίλτρα αιμοκάθαρσης, συνοδεύουν αυτά και συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους** και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας.

Επιπρόσθετα, αναγράφεται ότι τα ανωτέρω είδη **διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών – Δημόσιων Ανοικτών Διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν. 4412/2016.**

Τέλος, η εταιρεία «...» καταθέτει Υπεύθυνη Δήλωση με την οποία δηλώνει ότι αποδέχεται όλους τους όρους και πληροί πλήρως τις Τεχνικές Προδιαγραφές της αρ. ...Διακήρυξης του Νοσοκομείου ... «...». [...].». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, με

την ασκηθείσα παρέμβασή της υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί εκ μέρους της προσφεύγουσας είναι στο σύνολό τους απορριπτέοι προεχόντως ως αόριστοι και ως νόμω και ουσία αβάσιμοι, επικαλούμενη τα εξής: «[...]. **1.- 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 1η στήλη του ίδιου του Φύλλου Συμμόρφωσης, που φέρει τίτλο «ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ») **(έτσι, ΔΕΦΑΘ 40/2021)**. Και τούτο, διότι στην απάντηση 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 επιτελεί 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».

2.- Περαιτέρω, η εταιρία μας, αναφορικά με την πλήρωση των 6ης και 24ης 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 ...-...**ενδέχεται να μην είναι συμβατό με μη εγκεκριμένα αναλώσιμα ...**».

Επίσης, στην ίδια σελίδα, παράγρ. 1.9.2, μεταξύ άλλων, αναφέρει:

«... Η **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 μηχάνημα 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 εξασφαλισθεί 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 δύο ειδών, εφ’ όσον 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 αναποδείκτως “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 το μηχάνημα 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 μηχάνημα να μην 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 μηχάνημα.

3.- Ειδικότερα ως προς την 24η 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 on line παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης, αφού στο set A/V γραμμών, που προσφέρεται με τα φίλτρα, **συμπεριλαμβάνεται** και η γραμμή on line HF και HDF.

4.-Περαιτέρω, η επίκληση εγγράφων άλλου διαγωνισμού (της Περιφέρειας Αττικής), 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**).

5.- Όσον αφορά την επικαλούμενη ευρεσιτεχνία του Οίκου ..., αυτή **έχει άλλο αντικείμενο**, ήτοι την αυτοματοποιημένη μέθοδο ηπαρινισμού του μηχανήματος, γεγονός που άλλωστε προκύπτει από το περιεχόμενο του συγκεκριμένου εγγράφου που η προσφεύγουσα προσάγει.

6.- Το περιεχόμενο των επισυναπτόμενων στην Προσφυγή εκτυπώσεων από την ιστοσελίδα της κατασκευάστριας ... εταιρίας ..., που - δήθεν - 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**), το περιεχόμενό τους αυτό 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.

7.- Τέλος, η προσκόμιση εκ μέρους της προσφεύγουσας ιδιωτικού εγγράφου προερχόμενου από κάποιο πρόσωπο μιας 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 (έτσι, **ΣτΕ 1896/2020, σκέψη 20, άρθρα 447 και 424 ΚΠολΔ**). [...].».

20. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα και σε αντίθεση με όσα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, η τελευταία στο υποβληθέν από αυτήν Φύλλο Συμμόρφωσης (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ_signed.pdf») για την πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής με α/α 5 «Α. Να χρησιμοποιούν φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων. Β. Τα μηχανήματα θα πρέπει να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.» και 21 «Α. Να παρασκευάζουν διάλυμα διττανθρακικών και από πυκνό διάλυμα και από άνυδρο διττανθρακικόνάτριο σε στερεά μορφή (σκόνη), με δυνατότητα μεταβολής/ ρύθμισης της συγκέντρωσης διττανθρακικών και νατρίου, κατά τη διάρκεια της συνεδρίας.Β. Να δέχονται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.», δηλώνει ότι: «α) Η συσκευή χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων -εργοστασίων σύμφωνα με το εναρμονισμένο πρότυπο EN 1283 και ISO 8637. Δέχεται όλα τα σύγχρονα φίλτρα για τη συμβατική αιμοκάθαρση και τις παραλλαγές της, ήτοι φίλτρα low flux, high flux, middle flux, high efficiency κλπ. όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων και εργοστασίων με απόλυτη ασφάλεια και σύμφωνα με τα διεθνή πρότυπα.β) 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

N.4412/2016.» και «α) Παρασκευάζει διάλυμα οξικών και διττανθρακικών. Δύναται να παρασκευάσει διάλυμα διττανθρακικών και από πυκνό διάλυμα (μπιτόνι διττανθρακικών) και από άνυδρο διττανθρακικό νάτριο σε στερεά μορφή (φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών), με δυνατότητα εναλλαγής κατά την διάρκεια της συνεδρίας, σύμφωνα με τις ανάγκες κάθε ασθενούς και μεταβολής/ρύθμισης της συγκέντρωσης διττανθρακικών και νατρίου, κατά την διάρκεια της συνεδρίας. Έχει ενσωματωμένο πρόγραμμα εφαρμογής της συνεδρίας αιμοκάθαρσης με διαχρονικό προγραμματισμό (κατανομή/profiling) της Ολικής (μεταβολή Na^+) Αγωγιμότητας, καθώς επίσης και με διαχρονικό προγραμματισμό (profiling) του ρυθμού Υπερδιήθησης (μεταβολή UF), ανάλογα με τις ανάγκες του ασθενούς. Επιπλέον, έχει ενσωματωμένο πρόγραμμα εφαρμογής της συνεδρίας αιμοκάθαρσης με διαχρονικό προγραμματισμό (κατανομή/profiling) της Διττανθρακικής Αγωγιμότητας (μεταβολή διττανθρακικών ριζών HCO_3). Ιδιαίτερα, ο χειριστής μπορεί να επιλέξει χρονικό προγραμματισμό θεραπείας Ξηράς Υπερδιήθησης κατά την διάρκεια του προγραμματισμού (profiling) του ρυθμού Υπερδιήθησης (μεταβολή UF). β) Δέχεται φύσιγγες όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων και εργοστασίων που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και η προμήθειά τους είναι δυνατή από περισσότερους του ενός προμηθευτές. Είναι εφοδιασμένο με βάση για τις κλασικές φύσιγγες διττανθρακικών. Επιπλέον, διενεργεί άδειασμα διαλύματος της φύσιγγας σκόνης διττανθρακικού νατρίου μετά την αποσύνδεση του ασθενούς.». Με βάση τις ανωτέρω περιεχόμενες στο φύλλο συμμόρφωσης, δηλώσεις της παρεμβαίνουσας, όπως ορθά διατείνεται η προσφεύγουσα, δεν καλύπτεται κατά τρόπο ρητό και απερίφραστο η υπό Β. απαίτηση έκαστης εκ των ανωτέρω δύο προδιαγραφών (5 και 21) που απαιτούν τα προσφερόμενα είδη αφενός να διαθέτουν αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και αφετέρου να δέχονται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Συγκεκριμένα, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «[...]. Οι ανωτέρω προδιαγραφές καθιστούν σαφές ότι ζητείται η προμήθεια «ανοικτού τύπου» μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, ούτως ώστε να διασφαλισθεί η δυνατότητα του Νοσοκομείου να

προμηθεύεται ελεύθερα τα απαιτούμενα αναλώσιμα από οποιονδήποτε γνωστό κατασκευαστή Οίκο, καθ' όλη τη διάρκεια της 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 διαθεσιμότητα) αναλωσίμων συγκεκριμένου κατασκευαστή στο μέλλον.

12. Αντιθέτως, σε περίπτωση προμήθειας «κλειστού τύπου» μηχανήματος (ήτοι μηχανήματος εκ κατασκευής δυναμένου να λειτουργεί με ειδικά σχεδιασμένες γι' αυτό αρτηριοφλεβικές γραμμές ή/και φύσιγγες που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο και δίπλωμα ευρεσιτεχνίας-πατέντα), η προμήθεια των αναλωσίμων, καθ' όλη τη διάρκεια ζωής των Μηχανημάτων (ιδιοκτησίας πλέον του Νοσοκομείου), αναγκαστικά θα πρέπει να πραγματοποιείται από τον προμηθευτή του μηχανήματος και, πάντως, σε κάθε περίπτωση, σε τιμές που θα καθόριζε αυτός. Τούτο, αυτομάτως, συνεπάγεται ότι ο ανάδοχος ευρισκόμενος σε πλεονεκτική θέση έναντι της Αναθέτουσας, θα μπορούσε να διαμορφώσει, κατά το συμφέρον του, το κόστος των αναλωσίμων σε τέτοιο ύψος που ενδέχεται, με την πάροδο του χρόνου, να αποβεί τελικώς δυσαναλόγως υψηλό ή υπέρογκο, σε σχέση με το τίμημα για την απόκτηση του μηχανήματος, όπως έχει συμβεί πλειστάκις στο παρελθόν. Για τον λόγο ακριβώς αυτόν, οι προμηθευτές «κλειστού τύπου» μηχανημάτων, προσφέρουν αρχικώς χαμηλή τιμή για το μηχάνημα, αφού, εάν αναδειχθούν προμηθευτές, γνωρίζοντας εκ των προτέρων και προσδοκώντας ότι η αναθέτουσα αρχή θα είναι πλέον αναγκασμένη να καταβάλλει το οποιοδήποτε κόστος για συγκεκριμένα (καλυπτόμενα από πατέντα) αναλώσιμα, καθώς δεν θα διαθέτει τη δυνατότητα αναζήτησης ή εξεύρεσης ευνοϊκότερων γι' αυτήν προσφορών.

13. 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 δεσπίζουσας θέσης 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 ενδιαφερόμενων/ ανταγωνιστών του (αντιανταγωνιστική σύμπραξη με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών και περιορισμό της διάθεσης του προϊόντος, μονοπώλιο, ολογοπώλιο- βλ. σχετ. υπ' αριθμ. 292/2018 4ο κλιμ. ΑΕΠΠ). Η ως άνω μεθόδευση, η προμήθεια μηχανημάτων που καλύπτονται ως προς τα αναλώσιμά τους από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής οδηγεί αναπόδραστα σε δυνατότητα υπερβολικής τιμολόγησης 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) [βλ. ενδ. 292/2018, 167/2019 ΑΕΠΠ].

14. Αυτή ακριβώς είναι και η μεθόδευση της εταιρείας ..., καθώς τα προσφερόμενα από αυτήν μηχανήματα ...-...καλύπτουν μεν την τεχνική προδιαγραφή 21β, αφού όντως δέχονται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο, **ΑΝΤΙΘΕΤΩΣ ΔΕΝ ΚΑΛΥΠΤΟΥΝ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 5B και δέχονται μόνον αρτηριοφλεβικές που κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρεία ..., η οποία κατασκευάζει το προσφερόμενο μηχάνημα και καλύπτονται από κατασκευαστικό απόρρητο. [...].**». Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, όπως προβάλλει βάσιμα η προσφεύγουσα πράγματι, το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα μοντέλο ...-...δέχεται αποκλειστικά αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες, επίσης, κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...» για χρήση με το μοντέλο ...-.... Εξάλλου, από το αναλυτικό φυλλάδιο των γραμμών AV18, επίσης, προκύπτει ότι το μοντέλο ...-...για την καλή λειτουργία του δέχεται μόνον τις «αυθεντικές» γραμμές αίματος AV18 που κατασκευάζει η εταιρεία Εκ των ανωτέρω συνήχθη ότι η κάλυψη των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών δεν προκύπτει άνευ άλλου τινός από την περιλαμβανόμενη στο φύλλο συμμόρφωσης επίμαχη δήλωση της παρεμβαίνουσας, η οποία είναι πράγματι διατυπωμένη κατά τρόπο γενικό και αόριστο, καταλείποντας εύλογη αμφιβολία περί του ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές που συνδέονται με το προσφερόμενο από αυτήν μηχάνημα ...-...καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, η οποία ανήκει στην κατασκευάστρια εταιρεία «...» (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 838/2021). Κατά

συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

21.Επειδή, παρέλκει η εξέταση του δεύτερου λόγου προσφυγής της προσφεύγουσας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενου, καθώς με την αποδοχή του πρώτου λόγου προσφυγής που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, το αίτημα της υπό κρίση προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτό και η προσφορά της παρεμβαίνουσας, εσφαλμένα έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Ως εκ τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου λόγου προσφυγής, ως προς την ουσία του, δεδομένου ότι ακόμα και αν υποθεθεί η αβασιμότητά του, η προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίνεται απορριπτέα, Οι δε διαπιστωθείσες πλημμέλειες στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και ως εκ τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση της επάλληλης αιτιολογικής βάσης του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007 κ.α.). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

22.Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

23.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

24.Επειδή, πρέπει να γίνει απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 912/2021

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα από τα Πρακτικά της 6^{ης}/26.02.2021 τακτικής Συνεδρίασης), θέμα 7^ο, του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με από 24.11.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας για το είδος με Α/Α 1 «Μηχανήματα Αιμοκάθαρσης» του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων πενήντα τριών ευρώ και είκοσι πέντε λεπτών (653,25 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 17 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα