

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει **α)** την από 3-8-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 754/6-8-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης, **β)** την από 7-8-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 766/8-8-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης –και **γ)** την από 9-8-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 868/30-8-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...».

Με τις ως άνω τρεις (3) προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγοντες οικονομικοί φορείς ζητούν: ο μεν πρώτος την ακύρωση της με αρ. ... διακήρυξης δημόσιου ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια, Εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός 'Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση'», με CPV 42511200-3, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 225.806,50 € πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 22-10-2018, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 2-5-2018 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 20-7-2018 22-5-2018 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ

την 27-7-2018 με συστημικό αριθμό.... Ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας ζητά την ακύρωση, άλλως ματαίωση του συγκεκριμένου διαγωνισμού, ο δε τρίτος προσφεύγων οικονομικός φορέας ζητά την τροποποίηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο από έκαστο των προσφευγόντων και δη ο μεν πρώτος το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 1.130,00 €, που πληρώθηκε με ισόποσο έμβασμα Τραπέζης ΠΕΙΡΑΙΩΣ, ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 1.129,04 €, που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ,, και ο τρίτος οικονομικός φορέας το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 1.129,03 €, που πληρώθηκε με ισόποσο έμβασμα Τραπέζης ALPHA.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 3-8-2018 προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» στρέφεται κατά των όρων της με αρ.12/2018 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής και δη κατά του όρου 1.3 αυτής (σ. 5), με βάση τον οποίο αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση «ενός Συστήματος Τροφοδοσίας Οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση. Όπως όμως εξειδικεύεται από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης (βλ. σ. 37, 40 και 52 αυτής) το αναφερόμενο σ' αυτή Σύστημα Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου δεν θα αποτελείται μόνον από την προαναφερθείσα μονάδα παραγωγής οξυγόνου, η οποία αποκαλείται και ως «Γραμμή παραγωγής οξυγόνου  $93 \pm 3\%$  και αποτελεί την Κύρια Πηγή, αλλά και από Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και τις Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου, οι οποίες θα αποτελούν τη Δευτερεύουσα και την Εφεδρική Πηγή αντιστοίχως. Εντούτοις, αντικείμενο του προκηρυχθέντος

Διαγωνισμού αποτελεί μόνον η Κύρια Πηγή του Συστήματος Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου και ουχί οι λοιπές Πηγές αυτού (Δευτερεύουσα και Εφεδρική), καίτοι όλες οι πηγές αποτελούν αναπόσπαστα και αναγκαία μέρη του ρηθέντος Συστήματος Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου και με τη Διακήρυξη επιβάλλονται υποχρεώσεις στον αναδειχθησόμενο ανάδοχο που αφορούν στη λειτουργία και συντήρηση όχι μόνον της κυρίας, αλλά των λοιπών πηγών αυτού (βλ. Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης σ. 37, 40 και 52). Κατ' ακολουθίαν, η Διακήρυξη με το να εξειδικεύσει ότι η περιγραφόμενη σ' αυτή μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση αποτελεί την κύρια Πηγή του Συστήματος Τροφοδοσία Ιατρικού Οξυγόνου του Γ.Ν. .. και να προκηρύξει Διαγωνισμό μόνον για τη προμήθεια και εγκατάσταση αυτής και ουχί για τις λοιπές πηγές τροφοδοσίας οξυγόνου (Δευτερεύουσα και Εφεδρική) παραβίασε, κατά τον προσφεύγοντα, τις εφαρμοστέες κανονιστικές ρυθμίσεις και συγκεκριμένα: α) η Διακήρυξη εφόσον προσδιορίζει την περιγραφόμενη Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου 93% ως Κυρία και τις λοιπές πηγές (Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου), οι οποίες παρέχουν φαρμακευτικό οξυγόνο με περιεκτικότητα άνω του 99,5% ως Δευτερεύουσα και Εφεδρική Πηγές, παρεβίασε τις διατάξεις του άρθρου 2 (1) του Κανονισμού 745/2017/ΕΕ, ISO 7396- 1/2016 και Doc 195/2015 της EIGA και γι' αυτό είναι παράνομη. Αλλά και αν ακόμη ήθελε θεωρηθεί ότι ο προσδιορισμός της Μονάδας Παραγωγής Οξυγόνου 93% ως Κύριας Πηγής και του Φαρμακευτικού Οξυγόνου (Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου) ως Δευτερεύουσα και Εφεδρική Πηγές Τροφοδοσίας Οξυγόνου είναι νόμιμος (ο οποίος, κατά τον προσφεύγοντα, είναι παράνομος), γεγονός αναντίλεκτον είναι, κατά τον προσφεύγοντα, ότι και τρεις Πηγές Τροφοδοσίας Οξυγόνου αποτελούν τόσον κατά τη Διακήρυξη όσον και κατά το ISO 7396-1/2016 και το DOC 195/2015 της FIGA αναπόσπαστα μέρη του Συστήματος Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου που αναφέρεται στον τίτλο της Διακήρυξης και περιγράφεται στους όρους της και στις Τεχνικές Προδιαγραφές της (βλ. παραπάνω παρ. 2, 3 και 9). Εφόσον, όμως, οι τρεις πηγές τροφοδοσίας οξυγόνου αποτελούν αναπόσπαστα μέρη του Συστήματος Τροφοδοσίας

Ιατρικού Οξυγόνου, του οποίου η Προμήθεια, Εγκατάσταση Λειτουργία και Συντήρηση σκοπείται με τον προκηρυχθέντα με τη Διακήρυξη Διαγωνισμό, πρόδηλο είναι ότι το αντικείμενο του Διαγωνισμού αυτού πρέπει να είναι και οι τρεις πηγές τροφοδοσίας ώστε να ανατεθούν σε ένα Ανάδοχο - Προμηθευτή. Αποκλείεται, συνεπώς, ο περιορισμός του αντικειμένου του με τη Διακήρυξη Διαγωνισμού μόνον στην Κυρία Πηγή Τροφοδοσίας (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου) και στον αποκλεισμό από το αντικείμενο του των λοιπών πηγών τροφοδοσίας (Δευτερεύουσας - Δεξαμενής Υγρού Οξυγόνου και Εφεδρικής Συστοιχίας Φιαλών Οξυγόνου). Κατά μείζονα λόγο αποκλείεται ο προαναφερθείς περιορισμός εφόσον ο περιορισμός αυτός, κατά τη Διακήρυξη, εντοπίζεται μόνον στη προμήθεια και εγκατάσταση της Κυρίας Πηγής (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου), ενώ όσον αφορά στη λειτουργία και συντήρηση επεκτείνεται και καταλαμβάνει και τις λοιπές πηγές τροφοδοσίας (Δευτερεύουσα - Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Εφεδρική - Συστοιχίας Φιαλών Οξυγόνου), των οποίων το προϊόν χαρακτηρίζεται ως φαρμακευτικό οξυγόνο και για την κυκλοφορία απαιτείται άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ. Έτσι, κατά τον προσφεύγοντα, αν αναδειχθεί Ανάδοχος για την Κυρία Πηγή Τροφοδοσίας (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου) διαφορετικό πρόσωπο από τον Προμηθευτή των λοιπών πηγών τροφοδοσίας (Δευτερεύουσας - Δεξαμενής Υγρού Οξυγόνου και Εφεδρικής - Συστοιχίας Φιαλών Οξυγόνου), ο οποίος και θα κατέχει την απαιτούμενη άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ., τότε θα είναι εκ του νόμου αδύνατη η ανάληψη υπ' αυτού οποιοσδήποτε υποχρεώσεως για τη λειτουργία και συντήρηση των πηγών αυτών τροφοδοσίας, αφού δεν θα κατέχει την προς τούτο απαιτούμενη άδεια του Ε.Ο.Φ. Επιβάλλεται συνεπώς και για τον πρόσθετο αυτό λόγο το αντικείμενο του Διαγωνισμού για την Προμήθεια, Εγκατάσταση, Λειτουργία και Συντήρηση του Συστήματος Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου να καταλαμβάνει και τις τρεις πηγές τροφοδοσίας, δηλαδή τόσο την Κύρια Πηγή (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου) όσο και τις Δευτερεύουσα και Εφεδρική Πηγές (Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Συστοιχίας Φιαλών Οξυγόνου) και μεταξύ των όρων (απαιτήσεων) αυτών να περιλαμβάνεται και η προσκόμιση άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. φαρμακευτικού προϊόντος των λοιπών

(Δευτερευουσών και Εφεδρικής) πηγών. Τέλος, τόσον το ISO 7396-1/2016 όσο και το DOC 195/2015 της EIGA, όπως προκύπτει από τις διατάξεις τους, προϋποθέτουν ότι ο Προμηθευτής και για τις τρεις πηγές τροφοδοσίας του Συστήματος Τροφοδοσίας Ιατρικού Οξυγόνου θα είναι το ίδιο πρόσωπο, πράγμα το οποίο επιβεβαιώνεται όχι μόνον από το γεγονός ότι απαιτούν την ύπαρξη ενιαίου συστήματος αποτελούμενου και από τις τρεις πηγές, αλλά και από το γεγονός ότι προσδιορίζουν ειδικώς τις τεχνικές προδιαγραφές της Μονάδας Παραγωγής Οξυγόνου όχι αυτοτελώς, αλλά αναλόγως με το αν αποτελεί την Κύρια Πηγή ή την Δευτερεύουσα ή την Εφεδρική Πηγή Τροφοδοσίας (βλ. άρθρο 5.6 του ISO 7396-1/2016). Κατά συνέπεια, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο γενόμενος με τη Διακήρυξη περιορισμός του αντικείμενου μόνον ως προς Κυρία Πηγή Τροφοδοσίας (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου) και μάλιστα μόνον ως προς την προμήθεια και εγκατάσταση και ο συνακόλουθος αποκλεισμός των λοιπών πηγών τροφοδοσίας (Δευτερεύουσα - Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Εφεδρικές Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου) είναι παράνομος, αντιφατικός και πλήρως ανατιολόγητος και άγει σε ακυρότητα της Διακήρυξης. **β)** Σε κάθε, όμως, περίπτωση η Διακήρυξη υποχρεούτο εκ του νόμου να απαιτήσει την προσκόμιση αδείας κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ για το φαρμακευτικό Οξυγόνο των Δευτερεύουσας και Εφεδρικής Πηγών, ώστε να είναι δυνατή η εκτέλεση των αναληφθησομένων από τον Ανάδοχο υποχρεώσεων για τη λειτουργία και συντήρηση των πηγών αυτών. Αν θεωρηθεί ότι ο γενόμενος από τη Διακήρυξη περιορισμός του αντικείμενου του προκηρυχθέντος Διαγωνισμού στην Κύρια Πηγή Τροφοδοσίας (Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου) και μάλιστα ως προς την προμήθεια και εγκατάσταση αυτής είναι νόμιμος, τότε, για να καταστεί δυνατή η εκτέλεση των προβλεπόμενων από τη Διακήρυξη υποχρεώσεων του Αναδόχου σχετικά με τη λειτουργία και συντήρηση των Δευτερεύουσας και Εφεδρικής πηγών τροφοδοσίας (Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου) που προμηθεύουν φαρμακευτικό οξυγόνο, θα πρέπει να ορισθεί ότι απαιτείται η προσκόμιση της απαιτούμενης προς τούτο αδείας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. Με το να παραλείψει, συνεπώς, η Διακήρυξη να

απαιτήσει την προσκόμιση της ρηθείσης αδείας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. για το φαρμακευτικό οξυγόνο των Δευτερεύουσας και Εφεδρικής πηγών τροφοδοσίας είναι ακόμη και με την ως άνω αποκρουόμενη εκδοχή παράνομος και άκυρος. **γ)** Ανεξαρτήτως των προαναφερθέντων, η προβλεπόμενη από τη Διακήρυξη χρονική διάρκεια των δέκα (10) ετών της σκοπούμενης συμβάσεως λειτουργίας και συντηρήσεως του Συστήματος Τροφοδοσίας είναι παράνομη.

**3.** Επειδή, η κατατεθείσα την 7-8-2018 Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» στρέφεται επίσης κατά των όρων της με αρ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής και δη : **α)** Από τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ.3 και του Παραρτήματος ΙΙ της προσβαλλόμενης διακήρυξης προκύπτει ότι η παροχή υπηρεσιών συντήρησης δεκαετούς διάρκειας συνιστά δικαίωμα προαίρεσης και ταυτόχρονα χρησιμοποιείται ως ένα από τα κριτήρια για τον υπολογισμό της οικονομικότερης προσφοράς. Καίτοι όμως στον προϋπολογισμό δαπάνης της διακήρυξης του διαγωνισμού υποχρεωτικά συνυπολογίζεται η εκτιμώμενη αξία του δικαιώματος προαίρεσης, κατά το άρθρο 6 ν. 4412/2016, εντούτοις στο συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν έχει προϋπολογισθεί στο ποσό των 280.000,00 ΕΥΡΩ (συμπεριλαμβανομένου και του Φ.Π.Α.) το κόστος της σύμβασης συντήρησης του συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση για δέκα έτη. Επιπρόσθετα προκύπτει και η μη διασφάλιση της χρηματοδότησης της σύμβασης ως προς το σκέλος της συντήρησης, καθώς η έγκριση ένταξης στο ΠΔΕ αφορά μόνο την προμήθεια του εξοπλισμού. Για τους λόγους αυτούς η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της. **β)** Όλως επικουρικά προς τα ανωτέρω, τονίζεται από τον προσφεύγοντα η εγγενής αντίφαση της προκήρυξης όσον αφορά το κριτήριο της "ανηγμένης τιμής" για την ανάδειξη μειοδότη. Ο ως άνω μη συνυπολογισμός στον προϋπολογισμό δαπάνης της διακήρυξης του διαγωνισμού της εκτιμώμενης αξίας του δικαιώματος προαίρεσης, αποκλείει από τη δυνατότητα συμμετοχής όσους υποψήφιους αναδόχους έχουν προσφερόμενο εξοπλισμό (και μάλιστα και νεότερης τεχνολογίας σε σχέση με τον περιγραφόμενο στην προκήρυξη) - που εμφανίζεται να εκφεύγει του αρχικού προϋπολογισμού, όπως εσφαλμένα και ελλιπώς κατά τον

προσφεύγοντα περιγράφεται στην προκήρυξη - αποτελεί όμως πλέον συμφέρουσα επιλογή από άποψη συντήρησης και κόστους λειτουργίας / ενεργειακής κατανάλωσης για τα 10 έτη. Η ως άνω απουσία προϋπολογισμού για τη συντήρηση για τα επόμενα δέκα έτη, καθιστά ακυρωτέα τη διακήρυξη, αφού βάσει αυτών δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί το "μικρότερο προσφερόμενο κόστος ανηγμένης τιμής", που αποτελεί το κριτήριο ανάδειξης μειοδότη. **γ)** Επίσης ο προσφεύγων βάλει και κατά του άρθρου 1 παρ.3 της διακήρυξης, ως και κατά των τεχνικών προδιαγραφών / όρων του Παραρτήματος II (Τεχνικές Προδιαγραφές) αυτής, που αφορούν: **γ.α.)** την απαίτηση το αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου να φέρει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος (σελ.46 διακήρυξης), **γ.β.)** τις απαιτήσεις ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει και να εγγυηθεί, μεταξύ άλλων, και θερμοκρασία λειτουργίας της γραμμής παραγωγής αερίου οξυγόνου μεταξύ 0 έως +45 °C, ότι ο συμπιεστής θα είναι κατάλληλος για υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος πλέον των 45°C και ότι η max θερμοκρασία εισερχόμενου αέρα θα είναι 50 °C κατ' ελάχιστον για το ξηραντήριο ψυκτικού τύπου και η μέγιστη θερμοκρασία περιβάλλοντος 45°C κατ' ελάχιστο (σελ. 40-41), **γ.γ.)** την απαίτηση να παραδοθεί από τον ανάδοχο σύστημα ελέγχου, συναγερμών και τηλεπιτήρησης, μέσω του οποίου θα παρακολουθείται μεταξύ άλλων και η πίεση και στάθμη δεξαμενής υγρού O<sub>2</sub> (σελ.46), **γ.δ.)** την απαίτηση τυχόν εργασίες τροποποίησης του χώρου εγκατάστασης καθώς επίσης και η έκδοση τυχόν αδειοδοτήσεων θα γίνουν με ευθύνη του Αναδόχου σε συνδυασμό με την κύρωση ότι σε περίπτωση υπέρβασης του χρόνου παραλαβής ή μη παραλαβής, τα έξοδα λειτουργίας της υφιστάμενης εγκατάστασης (προμήθεια οξυγόνου κλπ) μέχρι να παραληφθεί η νέα εγκατάσταση τα αναλαμβάνει ο Ανάδοχος (σελ.47 και 56), **γ.ε.)** την απαίτηση ο ανάδοχος να αναλάβει και δηλώσει υπεύθυνα ότι στο κόστος συντήρησης περιλαμβάνονται όλα τα κόστη εργασιών και υλικών - ανταλλακτικών προληπτικής ή και έκτακτης συντήρησης (σελ.38 και 52), **γ.στ.)** την απαίτηση ο υποψήφιος ανάδοχος να πρέπει να εγγυηθεί την Μέση Ενεργειακή Κατανάλωση για 10 έτη, με ρήτρα χρέωσης της πιθανής υπέρβασης (σελ.51), **γ.ζ.)** τις απαιτήσεις ο ανάδοχος να εγγυάται την πλήρη

και αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσας ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο νοσοκομείο και ο ανάδοχος να χρεώνεται υπό τη μορφή ποινής τη χρεούμενη ποσότητα που θα υπερβαίνει το 0,3% των συνολικών ετησίων παραλαβών –και- γ.η.) την απαίτηση ότι σε περίπτωση που η καθαρότητα του οξυγόνου υπερβεί τα επιθυμητά όρια, πρέπει να υπάρχει ένδειξη εάν η υπέρβαση προέρχεται είτε από μεγαλύτερη παραγωγή οξυγόνου από τα ονομαστικά δεδομένα της γεννήτριας, είτε από φθορά του προσροφητικού υλικού (σελ. 45 διακήρυξης).

4. Επειδή, η κατατεθείσα την 9-8-2018 Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» στρέφεται κατά του όρου Α2 της με αρ.... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για τους εξής λόγους: **α)** Η υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ./1348/2004 Υπουργική Απόφαση καθορίζει ρητά τις απαιτήσεις για την τήρηση ενός πλαισίου αρχών και κατευθυντήριων γραμμών ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Σε αντίθεση με την απαίτηση της προκήρυξης για παροχή πιστοποιητικού ΔΥ8δ/1348 για διακίνηση γεννητριών οξυγόνου, η εν λόγω ΥΑ διαμορφώνει ένα γενικότερο πλαίσιο διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων χωρίς να καθορίζει αναλυτικά το είδος των προϊόντων. Επομένως, ο όρος αυτός της Προκήρυξης είναι παράνομος και πρέπει να επαναδιατυπωθεί. **β)** Στην εν λόγω ΥΑ δεν γίνεται ουδεμία αναφορά σε εγκατάσταση, πιστοποίηση ή συντήρηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων, παρά μόνο διασφαλίζεται το ευρύτερο πλαίσιο διανομής τους, ώστε αυτά να μην αλλοιώνονται και να μην υποβαθμίζεται το επίπεδο ποιότητάς τους κατά την διαδικασία διανομής (άρθρο 1 της ΔΥ8δ/1348). Κατ' ακολουθίαν, η απαίτηση βεβαίωσης/παροχής πιστοποιητικού που αφορά, εκτός από διανομή, σε εγκατάσταση, πιστοποίηση και συντήρηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων είναι καθ' υπέρβαση των προβλέψεων της Υπουργικής Απόφασης και αντιβαίνει σε κάθε περίπτωση στο πνεύμα και στο γράμμα του σχετικού νομικού πλαισίου, ήτοι στο περιεχόμενο της απόφασης ΥΑ ΔΥ8δ/1348, η οποία κάνει συγκεκριμένη και αποκλειστική αναφορά στη διανομή ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Η εν λόγω απαίτηση της Προκήρυξης προσβάλλει και παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων διότι παρέχει παράνομο



πλεονέκτημα σε υποψήφιους που ενδεχομένως διαθέτουν το παράνομο απαιτούμενο πιστοποιητικό και συνεπάγεται τη μη ισότιμη συμμετοχή υποψηφίων στον διαγωνισμό, αφού περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων. Κατά τον προσφεύγοντα η παράτυπη δημιουργία επιπλέον απαιτήσεων καθ' υπέρβαση της ισχύουσας Υπουργικής Απόφασης ΔΥ8δ/1348/2004 αποτελεί αιτία αποκλεισμού της, αφού τα πιστοποιητικά της είναι εναρμονισμένα με την προαναφερθείσα ΥΑ και επομένως δεν συμπεριλαμβάνουν τους όρους που απαιτούνται παράτυπα στη διακήρυξη ως προς την εγκατάσταση, πιστοποίηση και συντήρηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 16-8-2018 απόψεις της όσον αφορά στην προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» επικαλείται τα εξής: Το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών και του συνόλου της διακήρυξης συντάχθηκε με ευθύνη της 7<sup>η</sup> Υγειονομικής Περιφέρειας Κρήτης, έπειτα από διαβούλευση, και είναι κοινές για όλα τα Νοσοκομεία της Κρήτης, οι απόψεις του Γ.Ν. ... συντάχθηκαν βάσει των απόψεων της 7<sup>ης</sup> ΥΠΕ, όπως προκύπτει και από τα υπ' αριθμ. πρωτ. 17936/13- 08-2018 , 17957/13-08-2018 και 18092/14-08-2018 έγγραφα της. Ειδικότερα α) Στο άρθρο 123 του κανονισμού 745/2017/ΕΕ αναφέρεται ως έναρξη ισχύος και ημερομηνία εφαρμογής του κανονισμού η 26<sup>η</sup> Μαΐου 2020. Παρόλα αυτά, ο εν λόγω κανονισμός δεν προβλέπει τίποτα που να τίθεται σε αντίθεση με τις εγκεκριμένες προδιαγραφές. Πιο συγκεκριμένα, το ISO 10083/2006, που λαμβάνεται υπόψη στον παρόντα διαγωνισμό, όσο και στο ISO 7396- 1/2016 (δεν έχει υιοθετηθεί ακόμα από την Ευρωπαϊκή οδηγία 93/42/EEC- medical devices) ορίζουν με σαφήνεια την απαίτηση ύπαρξης τριών πηγών, της κύριας πηγής, της δευτερεύουσας και της εφεδρικής πηγής, όπως περιγράφεται στη διακήρυξη. Το ISO 10083/2006 ως κύρια πηγή ορίζει ως κύρια πηγή τη γραμμή παραγωγής οξυγόνου, ως δευτερεύουσα τη δεξαμενή υγρού οξυγόνου και ως εφεδρική τη διπλή συστοιχία φιαλών. Η διακήρυξη αφορά σε σύστημα παραγωγής οξυγόνου 93±3%. Στην περίπτωση απαίτησης χρήσης ιατρικού οξυγόνου 99,5%, η παροχή θα γίνεται από άλλο σύστημα (π.χ. φιάλες αερίου οξυγόνου 99,5%). Στην παράγραφο 5.6.2 του ISO 7396-

1/2016, ως κύρια πηγή ορίζεται η γραμμή παραγωγής οξυγόνου 93±3% ενώ δευτερεύουσα και εφεδρική πηγή έχει φιάλες οξυγόνου 93±3%. Η EIGA, η Ευρωπαϊκή Ένωση Βιομηχανικών Αερίων, αποτελεί ιδιωτικό φορέα. Ως εκ τούτου οποιαδήποτε έγγραφο παράγει αποτελεί τεχνική σύσταση, και δεν αποτελεί κανονιστικό κείμενο ή νομοθέτημα. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 23151/7-3-2016 έγγραφο του ΕΟΦ, οι συμπυκνωτές οξυγόνου υπάγονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, κατά συνέπεια ορθώς ζητείται πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Το υγρό οξυγόνο καθαρότητας 99,5% παράγεται από κλασματική απόσταξη υγροποιημένου αέρα, διαδικασία η οποία επίσης υπάγεται στο CPV 42511200-3 "Μηχανές υγροποίησης αέρα ή άλλων αερίων". **β)** Η διακήρυξη περιγράφει το πλήρες σύστημα παραγωγής οξυγόνου των τριών πηγών. Από το αντικείμενο του διαγωνισμού εξαιρούνται οι φιάλες και η δεξαμενή υγρού, οι οποίες αποτελούν περιέκτες φαρμάκου. Ως εκ τούτου, η προμήθεια των φιαλών, της δεξαμενής υγρού και του οξυγόνου 99,5% θα αποτελέσει αντικείμενο άλλου διαγωνισμού, στον οποίο δύνανται να συμμετάσχουν οι έχοντες την άδεια διακίνησης οξυγόνου 99,5% του ΕΟΦ. Για την προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση του προδιαγραφέντος συστήματος, υπεύθυνος ορίζεται ο ανάδοχος. Η προμήθεια και η πλήρωση των φιαλών και της δεξαμενής υγρού αποτελεί αντικείμενο άλλου διαγωνισμού. Η προμήθεια του υγρού οξυγόνου 99,5% και των περιεκτών αυτού (φιαλών και δεξαμενής υγρού) δεν σχετίζεται με τη συντήρηση του συνόλου της εγκατάστασης. Η συντήρηση του συστήματος παραγωγής οξυγονου είναι ανεξάρτητη από την επιμέρους συντήρηση της δεξαμενής υγρού οξυγόνου, καθώς αποτελεί αντικείμενο άλλου διαγωνισμού. **γ)** Η άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ απαιτείται για την προμήθεια και διακίνηση του οξυγόνου περιεκτικότητας 99,5% και όχι για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό προμήθειας και εγκατάστασης του προδιαγραφέντος εξοπλισμού. Η προμήθεια του υγρού ή αερίου οξυγόνου περιεκτικότητας 99,5% αποτελούν αντικείμενο διαφορετικού διαγωνισμού. **δ)** Η πάγια τακτική που αφορά σε προμήθεια - συντήρηση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού μείζονος σημασίας (πχ αξονικοί τομογράφοι κλπ) είναι η ανάδειξη του μειοδότη όχι μόνο από το κόστος προμήθειας, αλλά και από το κόστος συντήρησης-λειτουργίας σε

βάθος δεκαετίας με αναγωγή σε παρούσα αξία. Η ανάθεση της συντήρησης γίνεται μετά την λήξη του χρόνου εγγύησης, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία εφόσον τον κόστος συντήρησης έχει ληφθεί υπόψη στην ανάδειξη του μειοδότη. Ο προϋπολογισμός του κόστους συντήρησης θα βαρύνει τον προϋπολογισμό του νοσοκομείου. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν κατά την αναθέτουσα αρχή προδήλως αβάσιμοι, μη νόμιμοι κι αυθαίρετοι.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 17-8-2018 απόψεις της όσον αφορά στην προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» ομοίως ως άνω επαναλαμβάνει ότι το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών και του συνόλου της διακήρυξης συντάχθηκε με ευθύνη της 7<sup>η</sup> Υγειονομικής Περιφέρειας..., έπειτα από διαβούλευση, και είναι κοινές για όλα τα Νοσοκομεία τ..., οι απόψεις του Γ.Ν. ... συντάχθηκαν βάσει των απόψεων της 7<sup>ης</sup> ΥΠΕ, όπως προκύπτει και από τα υπ' αριθμ. πρωτ. 17936/13- 08-2018 , 17957/13-08-2018 και 18092/14-08-2018 έγγραφα της. Επιπρόσθετα δε επικαλείται και τα εξής: α) Η πάγια τακτική που αφορά σε προμήθεια - συντήρηση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού μείζονος σημασίας (πχ αξονικοί τομογράφοι κλπ) είναι η ανάδειξη του μειοδότη όχι μόνο από το κόστος προμήθειας, αλλά και από το κόστος συντήρησης-λειτουργίας σε βάθος δεκαετίας με αναγωγή σε παρούσα αξία. Η ανάθεση της συντήρησης γίνεται μετά την λήξη του χρόνου εγγύησης, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον τον κόστος συντήρησης έχει ληφθεί υπόψη στην ανάδειξη του μειοδότη. Ο προϋπολογισμός του κόστους συντήρησης θα βαρύνει τον προϋπολογισμό του νοσοκομείου. Σε περίπτωση που δεν θα λαμβανόταν υπόψη στην ανάδειξη του μειοδότη το κόστος συντήρησης, υπάρχει ο κίνδυνος ανεξέλεγκτου κόστους συντήρησης από τον μοναδικό δυνάμενο να το πραγματοποιήσει (υψηλή τεχνολογία, license κλπ). Στη συγκεκριμένη περίπτωση του εν λόγω Διαγωνισμού η παροχή υπηρεσιών συντήρησης δεκαετούς διάρκειας σε ουδεμία περίπτωση συνιστά δικαίωμα προαίρεσης, και, επομένως, δεν παραβιάζεται το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016. Δεν καθορίζεται ορισμένη τιμή βάση της οποίας το Νοσοκομείο θα έχει δικαίωμα να απαιτήσει από τον ανάδοχο και ο ανάδοχος θα έχει υποχρέωση παροχής

υπηρεσιών σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Δεν περιλαμβάνεται στην προϋπολογισθείσα δαπάνη η δαπάνη που θα προκύψει για τη συντήρηση-λειτουργία του προμηθευόμενου εξοπλισμού διότι δεν είναι δυνατή η πρόβλεψη της και ο καθορισμός ορισμένης τιμής. **β)** Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 23151/7-3-2016 έγγραφο του ΕΟΦ, οι συμπυκνωτές οξυγόνου υπάγονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, κατά συνέπεια ορθώς ζητείται πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Εφόσον λοιπόν το «Σύστημα τροφοδοσίας οξυγόνου κλπ» απαιτείται να έχει πιστοποίηση CE Ιατροτεχνολογικού Προϊόντος, απαιτείται να έχουν την πιστοποίηση όλα τα μέρη που το απαρτίζουν. Ειδικότερα το Αυτόματο Κέντρο Προτεραιότητας Πηγών, που είναι σημαντικότερο τμήμα του συστήματος, καθώς πέραν των άλλων εντοπίζει την πηγή τροφοδοσίας (γεννήτρια, δεξαμενή ή φιάλες), είναι κομβικής σημασίας για την ιχνηλασιμότητα του οξυγόνου που είναι απαιτητή στα συστήματα ιατρικών αερίων, κατά συνέπεια είναι προφανής η απαίτηση Ιατροτεχνολογικού CE. **γ)** Το εύρος των θερμοκρασιών λειτουργίας που ζητά η προδιαγραφή (0 έως +45οC) ανταποκρίνεται στα τεχνικά δεδομένα και δυνατότητες ενός συστήματος αυτού του είδους και βαρύτητας για την ομαλή λειτουργία του νοσοκομείου. Υπάρχει αυξημένη πιθανότητα το σύστημα να αντιμετωπίσει τις ακραίες θερμοκρασίες του ορίου (ακραίες θερμοκρασίες παρατηρούνται συχνά στις νότιες ευρωπαϊκές χώρες - καύσωνες κλπ). Ειδικότερα είναι βέβαιο ότι θα χρειαστεί ο συμπιεστής (καθώς και τα άλλα ενεργά μέρη του συστήματος) να αναρροφήσει αέρα που θα προσεγγίζει τους 45οC. Για τον λόγο αυτό κρίθηκε τεχνικά αναγκαίο να προδιαγραφούν τα εν λόγω όρια. Το θερμοκρασιακό όριο που θέτει το ISO10083/2006 αναφέρεται στην θερμοκρασία αέρα του χώρου εγκατάστασης του συμπυκνωτή (oxygen concentrator), η οποία προφανώς απαιτείται να ελεγχθεί με σύστημα κλιματισμού. Είναι διαφορετική η απαίτηση ελέγχου της θερμοκρασίας του χώρου του συμπυκνωτή από τη δυνατότητα λειτουργίας των επιμέρους ενεργών στοιχείων (συμπιεστής, ξηραντήριο κλπ) σε θερμοκρασιακά όρια που θέτει η προδιαγραφή για λόγους ασφαλείας για να καλύψει ακόμα και την περίπτωση αστοχίας του κλιματισμού. Ο εξοπλισμός που προδιαγράφηκε είναι ευρέως διαθέσιμος στην αγορά. **δ)** Η μέτρηση της πίεσης και στάθμης

της δεξαμενής υγρού οξυγόνου είναι κρίσιμη παράμετρος για την ασφάλεια του συστήματος δεδομένου ότι το υγρό οξυγόνο είναι η δευτερεύουσα πηγή. Το Αυτόματο Σύστημα Ελέγχου είναι απαιτητό να διαθέτει αυτή τη δυνατότητα. Εξάλλου επειδή η προμήθεια της δεξαμενής υγρού είναι αντικείμενο άλλου Διαγωνισμού είναι προφανές ότι θα ζητηθεί από τις προδιαγραφές του άλλου διαγωνισμού να υπάρχει συμβατότητα με το σύστημα παραγωγής οξυγόνου σε όλα τα σημεία (άρα και στην επιτήρηση πίεσης-στάθμης). Είναι προφανές ότι αν απαιτηθούν αδειοδοτήσεις, ο χρόνος έκδοσης των οποίων δεν εξαρτάται από τον Ανάδοχο, η προθεσμία παραλαβής ρυθμίζεται ανάλογα. **ε)** Το κόστος συντήρησης μπορεί ελεύθερα να εκτιμηθεί από τους οικονομικούς φορείς και να συμπεριληφθεί στην υποβληθείσα προσφορά. Δεν υπάρχει όριο στο κόστος αυτό, το οποίο διαμορφώνεται ελεύθερα. **στ)** Η Μέση Ετήσια Ενεργειακή Κατανάλωση που οφείλει να εγγυηθεί ο οικονομικός φορέας, διαμορφώνεται ελεύθερα και περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά. Είναι σημαντικό να προβλέπεται εγγυημένο κόστος λειτουργίας ώστε να είναι οικονομικά συμφέρουσα η εγκατάσταση για το νοσοκομείο. Είναι σημαντικό οικονομικό, αλλά και ποιοτικό στοιχείο για την επιλογή του αναδόχου. Η ανάθεση της συντήρησης στον ανάδοχο είναι μονοσήμαντη δυνατότητα για το νοσοκομείο και για το λόγο αυτό η επιλογή του μειοδότη λαμβάνει υπόψη τα κόστη συντήρησης-λειτουργίας. **ζ)** Είναι εύλογο να ζητείται από τον ανάδοχο η πλήρης και αδιάλειπτη τροφοδοσία με οξυγόνο διασφαλίζοντας τον τομέα ευθύνης του δηλαδή την παραγωγή της κύριας γραμμής τη συντήρηση της εγκατάστασης, και την επιτήρηση του συνόλου του συστήματος καθώς πρόκειται για κρίσιμη λειτουργία για την ασφάλεια του νοσοκομείου. Τυχόν ανεπάρκεια οξυγόνου στη δευτερεύουσα ή την εφεδρική πηγή είναι προφανώς ευθύνη του νοσοκομείου το οποίο θα προμηθεύεται οξυγόνο, όπως γίνεται εδώ και δεκαετίες, στα πλαίσια άλλων διαδικασιών. Ευθύνη του αναδόχου είναι η επιτήρηση και η ενημέρωση του νοσοκομείου. Στον ανάδοχο χρεώνεται η ποσότητα οξυγόνου 99,5% από τη δευτερεύουσα και εφεδρική πηγή αφαιρουμένης της ποσότητας που καταναλώθηκε από αυξημένη ζήτηση του νοσοκομείου, η οποία δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου. Επιπρόσθετα,

αφαιρείται μία ποσότητα οριζόμενη ως απώλειες φυσικής εξαέρωσης (Α.Φ.Ε.). Οι απώλειες αυτές δεν είναι δυνατό να προσδιοριστούν απόλυτα. Ως εκ τούτου ο οικονομικός φορέας μπορεί να κάνει ελεύθερα τις εκτιμήσεις του, για να τις συμπεριλάβει στο κόστος συντήρησης και λειτουργίας για το οποίο δεν υπάρχει περιορισμός. Ο ανάδοχος είναι υπεύθυνος για την επιτήρηση του συστήματος. Ως εκ τούτου τυχόν αδικαιολόγητη απώλεια οξυγόνου από δευτερεύουσα ή εφεδρική πηγή θα εντοπίζεται από τον ανάδοχο, χωρίς προφανώς να αποτελεί δική του υπαιτιότητα. Ο μοναδικός λόγος υπέρβασης των ορίων καθαρότητας του παραγόμενου οξυγόνου που είναι  $93\pm 3\%$ , είναι η ενεργοποίηση της δευτερεύουσας ή της εφεδρικής πηγής. Αυτό μπορεί να συμβεί είτε στην περίπτωση απαίτησης μεγαλύτερης παροχής (το οποίο δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου), είτε δυσλειτουργίας του συστήματος (η οποία αποτελεί ευθύνη του αναδόχου). Σε κάθε περίπτωση είναι απαιτητό να εντοπίζεται το κάθε ενδεχόμενο (monitoring) προκειμένου να διασφαλίζεται η ομαλή λειτουργία του συστήματος. Ως εκ τούτου, όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν κατά την αναθέτουσα αρχή προδήλως αβάσιμοι, μη νόμιμοι κι αυθαίρετοι.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 10-9-2018 απόψεις της όσον αφορά στην προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» ομοίως ως άνω επαναλαμβάνει ότι το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών και του συνόλου της διακήρυξης συντάχθηκε με ευθύνη της 7<sup>η</sup> Υγειονομικής Περιφέρειας ..., έπειτα από διαβούλευση, και είναι κοινές για όλα τα Νοσοκομεία της Κρήτης, οι απόψεις του Γ.Ν. ... συντάχθηκαν βάσει των απόψεων της 7<sup>ης</sup> ΥΠΕ, όπως προκύπτει και από τα υπ' αριθμ. πρωτ. 17936/13- 08-2018, 17957/13-08-2018 και 18092/14-08-2018 έγγραφα της. Επιπρόσθετα δε επικαλείται και τα εξής: Η υπ' αρ. ΔΥ8δ/1348 Απόφαση του Υπουργού Υγείας αφορά Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Εφόσον τηρούνται οι αρχές, χορηγούνται Βεβαιώσεις από αρμόδιους Οργανισμούς. Η Βεβαίωση (πιστοποιητικό) είναι μία και αφορά όλη τη διαδικασία διακίνησης, δηλαδή μεταφορά, αποθήκευση, συντήρηση, καθώς και την τεκμηρίωση, το προσωπικό, τις διαδικασίες, τα αρχεία, τις αυτοεπιθεωρήσεις και την

εγκατάσταση και εξοπλισμό για την σωστή αποθήκευση και διανομή. Η επίκληση της συγκεκριμένης μοναδικής Βεβαίωσης (πιστοποιητικό) και στο 4 και στο 5 σημείο του σχετικού τμήματος των Προδιαγραφών δεν έχει την έννοια της προσκόμισης δύο διαφορετικών πιστοποιητικών (εφόσον το συγκεκριμένο είναι ένα όπως προαναφέρθηκε), όπως εσφαλμένα το αντελήφθη η προσφεύγουσα εταιρεία. Σκοπός των Προδιαγραφών είναι η επισήμανση της απαίτησης πιστοποιημένων διαδικασιών σε όλα τα στάδια της συγκεκριμένης Προμήθειας (μεταφορά, αποθήκευση κλπ). Σύμφωνα με τα παραπάνω αρκεί η προσκόμιση της μίας μοναδικής Βεβαίωσης ΔΥ8δ/1348 για τα είδη του Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει προδήλως αβάσιμος, μη νόμιμος κι αυθαίρετος.

**8.** Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται για μεν τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 754/3-8-2018 προσφυγή βάσει των οικείων με αρ. 986, 1012, 1079 & 1189 / 2018 Πράξεων του Προέδρου του, για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 766/7-8-2018 προσφυγή βάσει των οικείων με αρ. 1011, 1080, & 1190/ 2018 Πράξεων του Προέδρου του και για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 868/30-8-2018 προσφυγή βάσει της οικείας με αρ. 1188 / 2018 Πράξης του Προέδρου του.

**9.** Επειδή, και οι τρεις Προσφυγές υπάγονται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 Ν. 4412/2016, όλοι οι προσφεύγοντες χρησιμοποίησαν το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από το νόμιμο εκπρόσωπο εκάστης, ενώ και οι τρεις προσφυγές ασκήθηκαν εμπρόθεσμα, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

**10.** Επειδή, οι προσφεύγουσες εταιρίες έχουν καταρχήν και υπό την αίρεση εξέτασης των προβαλλόμενων λόγων εκάστης υπό εξέταση προσφυγής, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της αντίστοιχης προσφυγής, αφού, με την ιδιότητα τους ως εταιρίες δραστηριοποιούμενες στον τομέα εγκατάστασης και λειτουργίας συστημάτων

τροφοδοσίας οξυγόνου έκαστη συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση σε αυτήν της συγκεκριμένης σύμβασης.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 : «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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 «Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : .....ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης.».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 54 παρ. 1, 2, 3 και 4 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές ....παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, ..... 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος



*ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο "ή ισοδύναμο".».*

**14.** Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό, καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο...».

**15.** Επειδή, ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

**16.** Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

**17.** Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

**18.** Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 *«Η προδικαστική προσφυγή .... περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της»*, ενώ σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 *«Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ´ ν. 4412/2016)»*.

**19.** Επειδή, κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

**20.** Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.ά.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

**21.** Επειδή, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2017).

**22.** Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ, εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

**23.** Επειδή, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ), ούτε δημιουργεί αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

**24.** Επειδή, σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι προδικαστικής προσφυγής, περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής.

**25.** Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους.

**26.** Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η διοίκηση είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της εκάστοτε πληττόμενης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως ο τελευταίος αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πληττόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτός τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης

του εθνικού και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

**27.** Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδ. Σάκουλα, 2017, σελ. 756).

**28.** Επειδή, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως, εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης, παρότι διαθέτει τον τύπο του προϊόντος που απαιτεί η διακήρυξη, προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει έτερο προϊόν που διαθέτει, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης, αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε προσφυγή ανεξαρτήτως της βασιμότητας των προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος [(ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ.96-97).

**29.** Επειδή, εν προκειμένω όσον αφορά την εξεταζόμενη προσφυγή της εταιρίας «...» και λαμβανομένων υπόψη όσων αναπτύχθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις και ιδιαίτερα στις σκέψεις 19 έως και 22, 24, 27 και 28 της παρούσας, η εν προκειμένω προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης και

των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών και δη σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό. Ως εκ τούτου απορριπτέα ως απαράδεκτη, αορίστως και χωρίς έννομο συμφέρον ασκηθείσα τυγχάνει η σχετική προσφυγή της.

**30.** Επειδή, όσον αφορά την εξεταζόμενη προσφυγή της εταιρίας «...» διατυπώνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 6 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι για τον υπολογισμό της αξίας μια δημόσιας σύμβασης συμπεριλαμβάνεται το τυχόν δικαίωμα προαίρεσης, όπως ορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Το σύμφωνο προαίρεσης αποτελεί ιδιόμορφη, αυτοτελή και αυθυπόστατη προπαρασκευαστικής φύσης σύμβαση, με την οποία καθορίζεται το περιεχόμενο της κύριας μελλοντικής σύμβασης και ταυτόχρονα παρέχεται η εξουσία στον δικαιούχο να θέσει σε ενέργεια αυτή τη συμβατική σχέση με μόνη τη δήλωσή του, που αποτελεί άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος. Το δικαίωμα προαίρεσης αποτελεί το από το σύμφωνο προαίρεσης διαζευκτικό δικαίωμα για σύσταση σύμβασης, το οποίο πρέπει να ασκηθεί εντός της προθεσμίας που τάχθηκε από τα μέρη (βλ. Α. Γεωργιάδη, Σύμφωνο προαιρέσεως και δικαίωμα προαιρέσεως, Αθήναι 1970, σελ. 105 επόμε., Γ. Μπαλή, Γενικά Αρχαία Αστικού Δικαίου, σελ. 167, ΕφΑθ 1223/2001 Αρμεν.2002, σελ. 389, Δ.Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 344, Δ.Ράικο/Ε.Βλάχου/Ε.Σαββίδη Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο, σελ. 71). Η έννοια του δικαιώματος προαίρεσης συνίσταται στο δικαίωμα του ενός των δύο συμβαλλομένων μερών να αγοράσει ή να πωλήσει περισσότερο από το συμφωνηθέν και στην υποχρέωση του άλλου μέρους να το αποδεχτεί. Στην εξεταζόμενη διακήρυξη και δη στο άρθρο 1.3. αυτής ορίζεται ότι : *«Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται: 1. ως προς την προμήθεια, εγκατάσταση και παραλαβή του συστήματος όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, 2. ως προς τη συντήρηση ο ανάδοχος δεσμεύεται για τη δεκαετή (από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος) συντήρηση και υποστήριξη του Συστήματος, όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, με την σημείωση ότι κάθε έτος το Νοσοκομείο (σε περίπτωση όπου η προσφερθείσα*

ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας ως υψηλή) δύναται να την διαπραγματεύεται.». Επίσης στο άρθρο 2 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «Ο Ανάδοχος στην προσφορά του θα προσφέρει και τίμημα για την σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης (εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα) από την ημέρα παραλαβής της εγκατάστασης και για ΧΙΣ έτη (όπου ΧΙΣ: Χρόνος Ισχύος Σύμβασης – για τους υπολογισμούς ανάδειξης μειοδότη θα ληφθεί ίσον με 10). Η προσφορά της σύμβασης συντήρησης για τα ΧΙΣ έτη δεσμεύει υποχρεωτικά τον ανάδοχο να συνάψει σύμβαση συντήρησης. Το κόστος αυτό θα συνυπολογιστεί στην συνολική ανηγμένη τιμή. Το Νοσοκομείο θα αναθέσει μετά την εγκατάσταση του συστήματος στον Ανάδοχο την ευθύνη της λειτουργίας και συντήρησης της εγκατάστασης βάσει της προσφερόμενης σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αποδεχθεί την ανάθεση συντήρησης για τα 10 έτη. Η προσφερόμενη Σύμβαση Συντήρησης αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της συνολικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, ο οποίος δε δικαιούται στην επόμενη δεκαετία να αρνηθεί την ανάληψή της. Σε περίπτωση που αρνηθεί σε οποιοδήποτε χρονικό διάστημα, και για οποιονδήποτε λόγο την ανάληψη της υποχρέωσης της Λειτουργίας και Συντήρησης τότε το Νοσοκομείο θα στραφεί εναντίον του Αναδόχου ζητώντας αποζημίωση για το σύνολο του Έργου (Προμήθεια εξοπλισμού και Συντήρηση). Για τη διασφάλιση της διαδικασίας, ο Υποψήφιος Ανάδοχος θα καταθέσει υπεύθυνη δήλωση που στην οποία θα δηλώνει ότι: «Αναλαμβάνω την υποχρέωση και την ευθύνη, σε κάθε περίπτωση, και υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, να λειτουργώ και να συντηρώ την εγκατάσταση για 10 έτη, εφ όσον το ζητήσει το Νοσοκομείο». Στο κόστος λειτουργίας & συντήρησης της μονάδας ανά έτος λειτουργίας θα συμπεριλαμβάνεται η πλήρης συντήρηση δηλαδή κάθε είδους εργασία, οτιδήποτε αναλώσιμα υλικά και όλα τα ανταλλακτικά που απαιτούνται για την αδιάλειπτη και ασφαλή λειτουργία της εγκατάστασης για ΧΙΣ έτη. Περιλαμβάνονται κόστη αποκατάστασης έκτακτων βλαβών. Ο Ανάδοχος θα καταθέσει επί ποινή απόρριψης στην τεχνική προσφορά του τους απαιτούμενους ελέγχους και την αναλυτική προληπτική

συντήρηση της εγκατάστασης, για όλο τον επιμέρους εξοπλισμό και τα εξαρτήματα της προσφερόμενης εγκατάστασης. Επίσης θα καταθέσει λίστα με τα ανταλλακτικά και αναλώσιμα υλικά που απαιτούνται για ΧΙΣ έτη. Στην συντήρηση πρέπει να φαίνεται αναλυτικά για κάθε εξάρτημα ή υλικό το ανταλλακτικό ο έλεγχος στον οποίο πρέπει να υπόκειται καθώς και ο χρόνος αντικατάστασής του. Στην προσφορά θα περιλαμβάνεται και η τεκμηρίωση της απαίτησης συντήρησης, βάσει των τεχνικών προδιαγραφών που προτείνονται από τους κατασκευαστές και την κείμενη νομοθεσία..... Στην προσφορά της σύμβασης συντήρησης αυτή ο υποψήφιος Ανάδοχος θα εγγυάται την αδιάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσας στον διαγωνισμό ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου στο Νοσοκομείο. Στην σύμβαση συντήρησης θα είναι σαφείς όλοι οι όροι λειτουργίας της εγκατάστασης κατά την διάρκεια ισχύος της σύμβασης συντήρησης (Χρόνοι αποκατάστασης βλαβών, εγγυήσεις κλπ.) Ανωτέρα Βία δεν αποτελούν καταστάσεις παρατεταμένης κακοκαιρίας ή παρατεταμένων απεργιών..... Ο Ανάδοχος υποχρεούται να προβαίνει χωρίς καμία επιβάρυνση του Νοσοκομείου στην πλήρη συντήρηση (εργασία – ανταλλακτικά και αναλώσιμα) του εξοπλισμού που εγκατέστησε (προληπτική, επισκευαστική, βελτιωτική κλπ) σύμφωνα με τις οδηγίες των κατασκευαστών και την τρέχουσα νομοθεσία.». Επίσης, **σύμφωνα με το παράρτημα II Τεχνικές Προδιαγραφές - Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών 2 Κόστος Λειτουργίας και συντήρησης:** «Ο Ανάδοχος στην προσφορά του θα προσφέρει και τίμημα για την σύμβαση λειτουργίας και συντήρησης (εργασία, ανταλλακτικά και αναλώσιμα) από την ημέρα παραλαβής της εγκατάστασης και για ΧΙΣ έτη (όπου ΧΙΣ: **Χρόνος Ισχύος Σύμβασης** - για τους υπολογισμούς ανάδειξης μειοδότη θα ληφθεί ίσον με 10). Η προσφορά της σύμβασης συντήρησης για τα ΧΙΣ έτη δεσμεύει υποχρεωτικά τον ανάδοχο να συνάψει σύμβαση συντήρησης. Το κόστος αυτό θα συνυπολογιστεί στην συνολική ανηγμένη τιμή. **Το Νοσοκομείο θα αναθέσει μετά την εγκατάσταση του συστήματος στον Ανάδοχο την ευθύνη της λειτουργίας και συντήρησης της εγκατάστασης βάσει της προσφερόμενης σύμβασης.** Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αποδεχθεί την ανάθεση συντήρησης για τα 10 έτη. Η προσφερόμενη Σύμβαση Συντήρησης αποτελεί



αναπόσπαστο μέρος της συνολικής προσφοράς του υποψήφιου Αναδόχου, ο οποίος δε δικαιούται στην επόμενη δεκαετία να αρνηθεί την ανάληψη της....**ΥΠΟΛΟΠΣΜΟΣ ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ** Για την οικονομική αξιολόγηση της προσφοράς θα γίνει υπολογισμός της ανηγμένης τιμής της προσφοράς ως εξής: Στο Προσφερόμενο κόστος προμήθειας θα συμπεριλαμβάνεται όλος ο εξοπλισμός, η εγκατάσταση του και η θέση σε λειτουργία της έτσι ώστε να πληρούνται πλήρως οι απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και το Νοσοκομείο να λειτουργεί αδιαλείπτως με οξυγόνο χωρίς κανένα απολύτως πρόβλημα ή εκκρεμότητα. Προσφερόμενη Ανηγμένη Τιμή = προσφερόμενο κόστος προμήθειας και εγκατάστασης + προσφερόμενο κόστος παραγωγής (ενέργειας + λειτουργίας & συντήρησης) για ΧΙΣ χρόνια. Για όλες τις τιμές, ΠΚΣ του έτους Υ, από 1 έως ΧΙΣ έτη, θα γίνει αναγωγή (αν) σε παρούσα αξία σύμφωνα με το δικαιοπρακτικό επιτόκιο αναγωγής της τράπεζας της Ελλάδας την ημέρα του.». Η με τον τρόπο αυτό περιγραφείσα στη διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή ανάληψη υποχρέωσης εκ μέρους του αναδόχου 10ετούς συντήρησης με συγκεκριμένους όρους και εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου, αρχής γενομένης από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος, ως ορίζει το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, με άσκηση μονομερούς δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής συνιστά προαίρεση κατά τα ειδικώς αναφερόμενα ανωτέρω και ταυτόχρονα χρησιμοποιείται ως ένα από τα κριτήρια για τον υπολογισμό της οικονομικότερης προσφοράς. Ως προαίρεση η αξία της δεν έχει ληφθεί υπόψη από την αναθέτουσα αρχή για τον υπολογισμό της αξίας της σύμβασης, κατά παράβαση του άρθρου 6 παρ. 1 ν.4412/2016. Το γεγονός αυτό, που συνιστά παράβαση του άρθρου 6 παρ. 1 ν.4412/2016, στερεί από την προσφεύγουσα εταιρία «ΙΤΟ ΕΠΕ» τη δυνατότητα να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό με προσφερόμενο εξοπλισμό που, ενώ εκφεύγει του αρχικού προϋπολογισμού, αποτελεί εντέλει πλέον συμφέρουσα επιλογή από άποψη συντήρησης και κόστους λειτουργίας/ενεργειακής κατανάλωσης για τα 10 έτη. Έτσι συνεπεία της απουσίας προϋπολογισμού για τη συντήρηση των επομένων 10 ετών, δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί το μικρότερο προσφερόμενο κόστος ανηγμένης τιμής, που αποτελεί κριτήριο ανάδειξης του

μειοδότη, ως βάσιμα προβάλλει η εν λόγω προσφεύγουσα. Ο ειδικότερος δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν είναι διασφαλισμένη η χρηματοδότηση της σύμβασης ως προς το σκέλος της συντήρησης αορίστως προβάλλεται, αφού κανένα σχετικό στοιχείο δεν προσκομίζεται, σε κάθε δε περίπτωση είναι εφικτή με ανάληψη πολυετούς δέσμευσης. Κατά συνέπεια, ο σχετικός όρος 1.3. της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί και να αναπεμφθεί η διακήρυξη στην αναθέτουσα αρχή έτσι ώστε ο προϋπολογισμός της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης να περιλάβει προϋπολογισμό της αξίας του απαιτήσης 10ετούς συντήρησης, που συνιστά δικαίωμα προαίρεσης, καθώς και για να ληφθεί υπόψη στο Παράρτημα Ι όρος 2, για τον υπολογισμό του κόστους λειτουργίας και συντήρησης.

**31.** Επειδή, όσον αφορά στους λοιπούς προσβαλλόμενους εκ μέρους της εταιρίας «...» όρους των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, αυτοί (προσβαλλόμενοι όροι τεχνικών προδιαγραφών) κρίνονται σύννομοι και τεθέντες επί τη βάσει όσων διελήφθησαν υπόψη στη σκέψη 26 της παρούσας. Ειδικότερα, σύμφωνα με το επικληθέν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής υπ' αριθμ. πρωτ. 23151/7-3-2016 έγγραφο του ΕΟΦ, οι συμπυκνωτές οξυγόνου υπάγονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, κατά συνέπεια ορθώς ζητείται πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Εφόσον λοιπόν το «Σύστημα τροφοδοσίας οξυγόνου κλπ» απαιτείται να έχει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος, νομίμως απαιτείται να έχουν την πιστοποίηση όλα τα μέρη που το απαρτίζουν, ομοίως δε και η απαίτηση ιατροτεχνολογικού CE για το Αυτόματο Κέντρο Προτεραιότητας Πηγών, το οποίο χρησιμεύει για την ιχνηλασιμότητα του οξυγόνου που είναι απαιτητή στα συστήματα ιατρικών αερίων. Το εύρος των θερμοκρασιών λειτουργίας που ζητά η προδιαγραφή της διακήρυξης (0 έως +45οC) δικαιολογείται βάσιμα από την αναθέτουσα αρχή εκ του γεγονότος ότι υπάρχει αυξημένη πιθανότητα το σύστημα να αντιμετωπίσει τις ακραίες θερμοκρασίες του ορίου (καύσωνες κλπ) και ο συμπιεστής (καθώς και τα άλλα ενεργά μέρη του συστήματος) να χρειαστεί να αναρροφήσει αέρα που θα προσεγγίζει τους 45οC. Για τον λόγο αυτό τέθηκαν τα εν λόγω όρια. Το θερμοκρασιακό όριο που θέτει το ISO10083/2006 αναφέρεται στην θερμοκρασία αέρα του χώρου εγκατάστασης του

συμπυκνωτή (oxygen concentrator), η οποία προφανώς απαιτείται να ελεγχθεί με σύστημα κλιματισμού. Είναι διαφορετική η απαίτηση ελέγχου της θερμοκρασίας του χώρου του συμπυκνωτή από τη δυνατότητα λειτουργίας των επιμέρους ενεργών στοιχείων (συμπιεστής, ξηραντήριο κλπ) σε θερμοκρασιακά όρια που θέτει η προδιαγραφή για λόγους ασφαλείας για να καλύψει ακόμα και την περίπτωση αστοχίας του κλιματισμού. Εξάλλου ο εξοπλισμός που προδιαγράφηκε είναι ευρέως διαθέσιμος στην αγορά. Επίσης η μέτρηση της πίεσης και στάθμης της δεξαμενής υγρού οξυγόνου είναι κρίσιμη παράμετρος για την ασφάλεια του συστήματος, δεδομένου ότι το υγρό οξυγόνο είναι η δευτερεύουσα πηγή. Το Αυτόματο Σύστημα Ελέγχου είναι απαιτητό να διαθέτει αυτή τη δυνατότητα. Δεδομένου δε ότι η προμήθεια της δεξαμενής υγρού είναι αντικείμενο άλλου Διαγωνισμού, όπως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, θα ζητηθεί από τις προδιαγραφές του άλλου διαγωνισμού να υπάρχει συμβατότητα με το σύστημα παραγωγής οξυγόνου σε όλα τα σημεία (άρα και στην επιτήρηση πίεσης-στάθμης). Η αναθέτουσα αρχή διβεβαιώνει με τις κατατεθείσες απόψεις της ότι αν απαιτηθούν αδειοδοτήσεις, ο χρόνος έκδοσης των οποίων δεν εξαρτάται από τον Ανάδοχο, η προθεσμία παραλαβής ρυθμίζεται ανάλογα. Επιπρόσθετα όσον αφορά στο κόστος συντήρησης, αυτό μπορεί ελεύθερα να εκτιμηθεί από τους οικονομικούς φορείς και να συμπεριληφθεί στην υποβληθείσα προσφορά. Επίσης η Μέση Ετήσια Ενεργειακή Κατανάλωση που οφείλει να εγγραφεί ο οικονομικός φορέας, διαμορφώνεται ελεύθερα και πρέπει να περιληφθεί στην οικονομική προσφορά, αποτελεί δε οικονομικό, αλλά και ποιοτικό στοιχείο για την επιλογή του αναδόχου. Επιπλέον η απαίτηση που θέτει η αναθέτουσα αρχή με τη διακήρυξη περί αδιάλειπτης τροφοδοσίας με οξυγόνο, ώστε να διασφαλίζεται η παραγωγή της κύριας γραμμής είναι αναγκαία για τη λειτουργία και την ασφάλεια του νοσοκομείου. Άλλωστε η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι τυχόν ανεπάρκεια οξυγόνου στη δευτερεύουσα ή την εφεδρική πηγή είναι προφανώς ευθύνη της, ενώ ευθύνη του αναδόχου είναι η επιτήρηση και η ενημέρωση του νοσοκομείου. Στον ανάδοχο χρεώνεται η ποσότητα οξυγόνου 99,5% από τη δευτερεύουσα και εφεδρική πηγή αφαιρουμένης της ποσότητας που καταναλώθηκε από αυξημένη ζήτηση του

νοσοκομείου, η οποία δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου. Επιπρόσθετα, αφαιρείται μία ποσότητα οριζόμενη ως απώλειες φυσικής εξαέρωσης (Α.Φ.Ε.). Οι απώλειες αυτές δεν είναι δυνατό να προσδιοριστούν απόλυτα. Ως εκ τούτου ο οικονομικός φορέας μπορεί να κάνει ελεύθερα τις εκτιμήσεις του, για να τις συμπεριλάβει στο κόστος συντήρησης και λειτουργίας για το οποίο δεν υπάρχει περιορισμός. Ο ανάδοχος είναι υπεύθυνος για την επιτήρηση του συστήματος. Ως εκ τούτου τυχόν αδικαιολόγητη απώλεια οξυγόνου από δευτερεύουσα ή εφεδρική πηγή θα εντοπίζεται από τον ανάδοχο, χωρίς προφανώς να αποτελεί δική του υπαιτιότητα. Ο μοναδικός λόγος υπέρβασης των ορίων καθαρότητας του παραγόμενου οξυγόνου που είναι  $93\pm 3\%$ , είναι η ενεργοποίηση της δευτερεύουσας ή της εφεδρικής πηγής. Αυτό μπορεί να συμβεί είτε στην περίπτωση απαίτησης μεγαλύτερης παροχής (το οποίο δεν αποτελεί ευθύνη του αναδόχου), είτε δυσλειτουργίας του συστήματος (η οποία αποτελεί ευθύνη του αναδόχου). Σε κάθε περίπτωση είναι απαιτητό να εντοπίζεται το κάθε ενδεχόμενο (monitoring) προκειμένου να διασφαλίζεται η ομαλή λειτουργία του συστήματος. Κατά συνέπεια η προσφυγή της εταιρίας «...» κατά το μέρος με το οποίο πλήττονται οι προαναφερθείσες τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αναπόδεικτοι.

**32.** Επειδή όσον αφορά την εξεταζόμενη προσφυγή της εταιρίας «...» με την οποία τούτη προσβάλλει τον όρο Α2 της με αρ.12/2018 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, με τον οποίο επικαλείται ότι παρέχεται παράνομο πλεονέκτημα σε υποψήφιους που ενδεχομένως διαθέτουν το παράνομο απαιτούμενο πιστοποιητικό, καθ' υπέρβαση της ισχύουσας Υπουργικής Απόφασης ΔΥ8δ/1348/2004, και ως εκ τούτου συνεπάγεται τη μη ισότιμη συμμετοχή υποψηφίων στον διαγωνισμό, περιορίζοντας αδικαιολόγητα τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Όπως και η ίδια η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί με τις κατατεθείσες ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις της, η Βεβαίωση (πιστοποιητικό) είναι μία και αφορά όλη τη διαδικασία διακίνησης, δηλαδή μεταφορά, αποθήκευση, συντήρηση, καθώς και την τεκμηρίωση, το προσωπικό, τις διαδικασίες, τα αρχεία, τις αυτοεπιθεωρήσεις και την εγκατάσταση και εξοπλισμό για την σωστή

αποθήκευση και διανομή. Η επίκληση της συγκεκριμένης μοναδικής Βεβαίωσης (πιστοποιητικό) και στο 4 και στο 5 σημείο του σχετικού τμήματος των Προδιαγραφών δεν έχει την έννοια της προσκόμισης δύο διαφορετικών πιστοποιητικών. Σκοπός των Προδιαγραφών είναι η επισήμανση της απαίτησης πιστοποιημένων διαδικασιών σε όλα τα στάδια της συγκεκριμένης Προμήθειας (μεταφορά, αποθήκευση κλπ). Ως εκ τούτου η διακήρυξη απαιτεί την προσκόμιση της μίας μοναδικής Βεβαίωσης ΔΥ8δ/1348 για τα είδη του διαγωνισμού και κατά συνέπεια η προσφυγή της εταιρίας «...» κρίνεται απορριπτέα ως αβάσιμη.

**33.** Επειδή συνεπεία όλων των ανωτέρω πρέπει να απορριφθούν οι με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 754/3-8-2018 και 868/30-8-2018 προσφυγές των εταιριών «...» και «...» αντίστοιχα και να γίνει εν μέρει δεκτή η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 766/7-8-2018 προσφυγή της εταιρίας «...» επί τω τέλει να αναπεμφθεί η συγκεκριμένη με αρ.... διακήρυξη στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να τροποποιήσει τον όρο 1.3 της διακήρυξης και να πράξει όσα περιέχονται στη σκέψη 30 της παρούσας.

**34.** Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει καταπέσει το παράβολο με στοιχεία ... του οικονομικού φορέα «...», ποσού 1.130,00€, που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του. Ομοίως πρέπει να καταπέσει το παράβολο με στοιχεία ... που κατέβαλε ο οικονομικός φορέας «...» για την άσκηση της προσφυγής του. Επίσης πρέπει να επιστραφεί το με στοιχεία ... παράβολο του οικονομικού φορέα «...», ποσού 1.129,04 €, που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει τις προδικαστικές προσφυγές των οικονομικών φορέων «...» και «...».

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή του οικονομικού φορέα «...».

**Αριθμός Αποφάσεων: 792, 793, 794/2018**

Ακυρώνει τον όρο 1.3. της υπ' αρ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια, εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση και αναπέμπει τη διακήρυξη στην αναθέτουσα αρχή κατά τα ειδικώς ορισθέντα στην ανωτέρω σκέψη 30 της παρούσας.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με στοιχεία ... του οικονομικού φορέα «...», ποσού 1.130,00€.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με στοιχεία ... που κατέβαλε ο οικονομικός φορέας «...», ποσού 1.129,03€.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με στοιχεία ... που κατέβαλε ο οικονομικός φορέας «...», ποσού 1.129,04 €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-9-2018 και εκδόθηκε στις 1-10-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**