

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 1 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 79/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 18.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1260/22.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με Δ.Τ «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης των Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» στο τμήμα 4 του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 725,80 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

με κωδικό ..., την από 17.06.2021 πληρωμή στη Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος 4 της σύμβασης, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ποσού 145.161,26,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δυνάμει της υπ' αριθμ. 2/2020 Διακήρυξης Ανοιχτού Δημόσιου Ηλεκτρονικού Τακτικού Διαγωνισμού προκήρυξε διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου/ων υλοποίησης του Υποέργου 1 με τίτλο Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου ... με ανοιχτή διαδικασία, με εκτιμώμενη αξία υπό έργων 1.189.600,00 με ΦΠΑ (άνω των ορίων) και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς την 15.12.2020 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης του φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά την 21.12.2020. Μεταξύ των υπο-τμημάτων του διαγωνισμού συμπεριλαμβάνεται το τμήμα 4 για προμήθεια εννέα (12) Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού, με Κωδικό CPV ...Διατάξεις νεφρικής υποστήριξης, συνολικής δαπάνης χωρίς ΦΠΑ ποσού ευρώ 145.161,26€ ήτοι 180.000,00 € με ΦΠΑ εφεξής «Τμήμα 4»).

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 10/11/2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 19.11.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ... για το Τμήμα 4.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 18.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

τόπου του διαγωνισμού στις 11.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων έχει άμεσο έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς υπέβαλε προσφορά και θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του στη ζημία του από την παράνομη συμμετοχή της εταιρείας ARITI A.E., που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος στο διαγωνισμό και στο όφελος του από την απόρριψη της προσφοράς της και την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου, λαμβανομένου υπόψη ότι με την προσβαλλομένη κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας.

7. Επειδή στις 22.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1586/201 Πράξη του αναπληρωτή Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν έχει μέχρι σήμερα αποστείλει απόψεις επί της προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για το Τμήμα 4 έλαβαν μέρος δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η εταιρεία ARITI A.E., οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 202337 και 199761 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με τα υπ' αριθμ. 225/2021 και 4402/5.04.2021 Πρακτικά, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή αμφότερων των προσφορών καθώς πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Κατόπιν δε

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 6372/18.05.2021 Πρακτικό, εισηγήθηκε την ανακήρυξη της εταιρείας ...ως προσωρινής αναδόχου, ο δε προσφεύγων κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

12. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: «[...] το μηχάνημα DBB-EXA που προσέφερε η εταιρεία ...δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και ειδικότερα τον όρο 5β (σελ 58) του Μέρους Γ- β) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ 4 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ ΑΙΜΟΔΙΑΔΗΘΗΣΗΣ ΚΑΙ ON-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ, που προβλέπει ότι: "Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής". Η δε έλλειψη συμμόρφωσης προκύπτει από το κατατεθέν φύλλο συμμόρφωσης (ΣΧΕΤΙΚΟ 4) στο οποίο καίτοι δηλώνεται ότι πληρούται η απαίτηση 5β, στη γενικόλογη απάντηση ουδόλως αναφέρεται ρητά μη κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο ούτε αυτό δύναται να συναχθεί και να αποδειχθεί από τις εκεί ειδικότερες παραπομπές. 6. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Αξιολόγησης, η οποία έκρινε ότι τα προσφερόμενα από την εταιρεία ... μηχανήματα αιμοκάθαρσης DBB-EXA πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές και τους τεχνικούς όρους της Διακήρυξης, αφενός μεν παραβίασε τους όρους της διακήρυξης και αφετέρου εσφαλμένα απεδέχθη μη ορθώς συμπληρωθέν δικαιολογητικό (φύλλο συμμόρφωσης) Κατά συνέπεια, 12/27.5.2021 θέμα 5ο Απόφαση του Διοικητικού της Συμβουλίου (ΣΧΕΤΙΚΟ 5) με την οποία η Αναθέτουσα ενέκρινε το ως άνω Πρακτικό ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής είναι μη νόμιμη και πάσχει από ακυρότητα (εφεξής η «Προσβαλλομένη») . Καθώς : (α) απεδέχθη Τεχνική Προσφορά η οποία αποκλίνει από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης και (β) απεδέχθη μη ορθώς συμπληρωθέντα Πίνακα Συμμόρφωσης. Εν συνεχεία δε μη νομίμως προχώρησε στην αξιολόγηση της Οικονομικής προσφοράς της ... καθώς θα έπρεπε να την αποκλείσει για τους ως άνω λόγους και να κατακυρώσει τον διαγωνισμό στην εταιρεία μας ως μοναδική προκριθείσα από την Τεχνική αξιολόγηση. Συνεπώς την ως άνω απόφαση του ΔΣ Αναθέτουσας προσβάλλουμε για τους εξής νόμιμους και βάσιμους λόγους: Β. ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Αποδοχή Τεχνικής Προσφοράς η οποία

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

αποκλίνει από τους από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης [...] 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 μηχανήμα, 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 δεσπόζουσας θέσης για τον οικονομικό φορέα, ο οποίος προσφέρει αναλώσιμα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, κατά παράβαση της αρχής του

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

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 DBB-ΕΧΑ καλύπτουν μεν την τεχνική προδιαγραφή 22β αφού όντως δέχονται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο ΠΛΗΝ ΟΜΩΣ 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. 15. Τα ως άνω εξάλλου εμμέσως συνομολογούνται από την ίδια ... καθώς στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης (ως άνω Σχετ 4) για την μεν κάλυψη της απαίτησης της τεχνική προδιαγραφής 22β - όπου δεν υφίσταται ζήτημα απορρήτου - απαντά ευθέως και απερίφραστα ότι: 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.» Αντιθέτως για την κάλυψη της απαίτησης της τεχνική προδιαγραφής 5 όπου οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν πληρούν την επίδικη προδιαγραφή 5β καθώς οι γραμμές που χρησιμοποιεί το μηχάνημα καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο προβαίνει τεχνηέντως σε αόριστη και ασαφή απάντηση που δεν απαντά το ερώτημα αναφέροντας χαρακτηριστικά: «Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη αυτά διατίθενται ελεύθερα και

ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016.» 16. Είναι προφανές ότι ενώ για τις σύριγγες διττανθρακικών η απάντηση είναι απολύτως ρητή και ευθεία, για τις αρτηριοφλεβικές γραμμές η απάντηση δεν ανταποκρίνεται στο ζητούμενο αλλά αντιθέτως εστιάζει στα εξής: α) ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν διατίθενται μεμονωμένα αλλά μόνον μαζί με το φίλτρο αιμοκάθαρσης, β) ότι οι τιμές των φίλτρων είναι συγκεκριμένες σύμφωνα με το παρατηρητήριο τιμών καθώς και γ) ότι πολλές εταιρείες προσφέρουν φίλτρα αιμοκάθαρσης. Τα ανωτέρω ωστόσο καίτοι, αληθή, δεν αποδεικνύουν την έλλειψη εργοστασιακού απορρήτου των γραμμών. Αντιθέτως αποδεικνύουν την μεθόδευση της εταιρείας ... να ελέγξει την αγορά των αναλωσίμων φίλτρων αιμοκάθαρσης των επιδικών μηχανημάτων DB-EXXA, αφού μετά την προμήθεια τους, οποιαδήποτε εταιρεία επιθυμεί να προσφέρει αναλώσιμα φίλτρα αιμοκάθαρσης για τα μηχανήματα αυτά οφείλει πρώτα να έχει προμηθευτεί την υπό εργοστασιακό απόρρητο γραμμή που η ίδια προσφέρει και κατασκευάζει η εταιρεία ...και η οποία «συνδέει» το φίλτρο με το μηχανήμα και τον ασθενή. 17. Και ναι μεν η προμήθεια αναλωσίμων δεν εντάσσεται στο αντικείμενο του ένδικου διαγωνισμού, πλην όμως, αυτονοήτως, συνδέεται άρρηκτα με την κατά προορισμό χρήση και λειτουργία των υπό προμήθεια μηχανημάτων και για τον λόγο αυτό ακριβώς αποτελεί ειδική απαίτηση και Τεχνική Προδιαγραφή της Διακήρυξης. 18. Πράγματι, παρά το γεγονός ότι οι τιμές των αναλωσίμων φίλτρων (συμπεριλαμβανομένων των αρτηριοφλεβικών γραμμών) είναι καθορισμένες με το Παρατηρητήριο Τιμών, δηλαδή η τιμή που καλείται το Νοσοκομείο να καταβάλει είναι συγκεκριμένη ανεξάρτητα από τον προμηθευτή που θα επιλέξει, εφόσον τα μηχανήματα δέχονται αποκλειστικά έναν τύπο αρτηριοφλεβικών γραμμών ο οποίος καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) η διάθεση τους ελέγχεται από μία μόνον, την κατασκευάστρια του μηχανήματος εταιρεία. Κατά συνέπεια όλοι οι “τρίτοι” προμηθευτές θα αναγκάζονται να προμηθεύονται τον συγκεκριμένο τύπο αρτηριοφλεβικών γραμμών από τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο της ιδιοκτήτριας της πατέντας εταιρίας. Έτσι όμως εξασφαλίζεται ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον τελευταίο και καταστρατηγείται αντίστοιχα οποιαδήποτε έννοια ελεύθερου ανταγωνισμού αφού το τελικό κόστος του προσφερόμενου φίλτρου (με την

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

στην τιμή του συμπεριλαμβανόμενη αρτηριοφλεβικής γραμμής) όλων των εν δυνάμει προμηθευτών θα διαμορφώνεται/εξαρτάται από την τιμή πώλησης της αρτηριοφλεβικής γραμμής. Ελέγχοντας όμως με τον τρόπο αυτό το κόστος όλων των προσφερόμενων αναλωσίμων φίλτρων η εταιρεία που διακινεί της μόνες κατάλληλες αρτηριοφλεβικές, γραμμές προσφέροντας αυτές σε υψηλό κόστος, δύναται να καταστήσει απολύτως ασύμφορη την συμμετοχή όλων των λοιπών οικονομικών φορέων και να μείνει κατά τον τρόπο αυτό μόνη προμηθευτής φίλτρων για τα υπό προμήθεια μηχανήματα. 19. Εν προκειμένω, από την Αναλυτική Τεχνική Πρόσφορα της εταιρείας ... (ΣΧΕΤ 05Α) προκύπτει τα προσφερόμενα από αυτή μηχανήματα, τα οποία κατασκευάζονται από τον ιαπωνικό οίκο «...» και διανέμονται στην Ευρώπη από την θυγατρική του «...» είναι τα μοντέλα DBB-EXA. 20. Όπως όμως προκύπτει από την επίσημη ιστοσελίδα του ανωτέρω κατασκευαστικού οίκου https://www.....com/products/medical/products/blood_tubing_lines.html (ΣΧΕΤ 6) το μοντέλο DBB-EXA δέχεται αποκλειστικά τις αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18 οι οποίες επίσης κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...» για χρήση με το μοντέλο DBB-EXA. Εξάλλου από το αναλυτικό φυλλάδιο των γραμμών AV18 (ΣΧΕΤ 7) επίσης προκύπτει ότι το μοντέλο DBB-EXA για την καλή λειτουργία του δέχεται μόνον τις «αυθεντικές» γραμμές αίματος AV18 που κατασκευάζει η εταιρεία Σημειώνουμε ότι η εταιρεία μας, προκειμένου να διερευνήσει την δυνατότητα να προσφέρει στον αναλώσιμα φίλτρα αιμοκάθαρσης σε Νοσοκομεία που θα διαθέτουν το μοντέλο DBB-EXA της ...απευθύνθηκε σε μια από τις σημαντικότερες εταιρείες κατασκευής ιατροτεχνολογικών προϊόντων, την εταιρεία ...θυγατρική της πολυεθνικής φαρμακευτικής εταιρείας ...που ιδρύθηκε το 1886 και εδρεύει στην Η ως άνω εταιρεία ασχολείται συστηματικά με την κατασκευή αρτηριοφλεβικών γραμμών νεφρολογίας και παράγει εξωσωματικές γραμμές αίματος (στις οποίες συμπεριλαμβάνονται και οι αρτηριοφλεβικές) για τα μηχανήματα αιμοκάθαρσης των περισσότερων γνωστών της εταιρείας συμπεριλαμβανομένης και της εταιρείας ...(ΣΧΕΤ 8) 22. Στο από 8 Φεβρουαρίου 2021 ερώτημα μας σχετικά με την δυνατότητα παραγωγής και παράδοσης από την ως άνω εταιρεία γραμμών για το μηχάνημα αιμοκάθαρσης DBB-EXA , η απάντηση που λάβαμε ήταν ή εξής (ΣΧΕΤ9): «Για να απαντήσω στο αίτημά σας, βάσει των πληροφοριών που έχω για την

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

αρτηριοφλεβική γραμμή που λειτουργεί με το μηχάνημα αιμοκάθαρσης ...DBB-EXA είναι ότι πρόκειται για μια γραμμή πατενταρισμένη, για κλειστού τύπου μηχάνημα αιμοκάθαρσης. Αυτό σημαίνει ότι όπως για όλα τα κλειστού τύπου μηχανήματα αιμοκάθαρσης (χρησιμοποιεί γραμμές πατενταρισμένες) και καμία εταιρεία που παράγει αρτηριοφλεβικές γραμμές, δεν μπορεί χωρίς την έγκριση από την εταιρεία που κατέχει αυτήν την πατέντα να παράσχει αυτήν την αρτηριοφλεβική γραμμή παγκοσμίως.. Εκτιμώ ότι πιθανόν μπορείτε βρείτε αυτή την γραμμή από τον διανομέα στην Ελλάδα. Είναι κάτι αντίστοιχο με την αρτηριοφλεβική γραμμή που δουλεύει για το μηχάνημα αιμοκάθαρσης Fresenius 5008. Παρόλα αυτά για να είμαστε 100% σίγουροι εάν πρόκειται για μια γραμμή πατενταρισμένη ή όχι επικοινωνήσα με τα κεντρικά της ...για να το επιβεβαιώσω και θα σας ενημερώσω μόλις λάβω την απάντηση. Στην μικρή πιθανότητα που δεν είναι πατενταρισμένο φυσικά και θα προσπαθήσουμε να παράγουμε αυτή τη σειρά. Με φιλικούς χαιρετισμούς” 23. Προχωρώντας δε σε περαιτέρω έλεγχο προέκυψε ότι τμήματα της αρτηριοφλεβικής γραμμής AV18 προστατεύονται από το υπ αριθμ EP 2883 558 B1 ευρωπαϊκό δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ιδιοκτησία της εταιρείας ... για συσκευή αιμοκάθαρσης και σχετική μέθοδος ηπαρινισμού (ΣΧΕΤ10) 24. Επίσης σημειώνεται ότι σε διαγωνισμό που έχει προκηρύξει η περιφέρεια Αττικής με την υπ αριθμ 18/27.10.2020 Διακήρυξη για την προμήθεια μεταξύ άλλων μηχανημάτων 40 αιμοκάθαρσης η ... προσέφερε επίσης το μηχάνημα DBB-EXA. Η απόφαση της εκεί αναθέτουσας, που έκανε αποδεκτή την προσφορά της ... παραβιάζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για «ανοιχτό» μηχάνημα που να δέχεται των αρτηριοφλεβικές γραμμές μη καλυπτόμενες από εργοστασιακό απόρρητο, κατόπιν Προσφυγής της ακύρωθηκε εταιρείας ...δυνάμει της υπ αριθμ 838/2021 Αποφασης ΑΕΠΠ (ΣΧΕΤ11) ΣΚ 28 σελ 47 κρίνοντας μεταξύ άλλων ότι «Εν κατακλείδι, επειδή από τον εξέταση της Προσφοράς της καθής η Προσφυγή ουδεμία απολύτως αναφορά (ούτε επαλήθευση) προκύπτει όσον αφορά στην πλήρωση της απαίτησης για ΜΗ κάλυψη από εργοστασιακό απόρρητο, τόσο των αρτηριοφλεβικών γραμμών, όσο και των αναλωσίμων υλικών για τη διεξαγωγή των ζητούμενων μεθόδων αιμοκάθαρσης, κατά ευθεία παράβαση των - επί ποινή αποκλεισμού - οικείων τεχνικών απαιτήσεων (σε αντιδιαστολή την πανηγυρική απάντηση της εν λόγω εταιρίας στο Φύλλο Συμμόρφωσης για τη μη κάλυψη από εργοστασιακό

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

απόρρητο της φύσιγγας), ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.» 25. Από όλα τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές που συνδέονται με το Μηχάνημα DBB-EXA καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα) που ανήκει στην εταιρία «...» και ότι κατά τον τρόπο αυτό νοθεύεται ο υγιής και ελεύθερος ανταγωνισμός και παραβιάζεται σαφής τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης η οποία στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι Μέρος Γ- β) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ 4 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ ΑΙΜΟΔΙΑΔΗΘΗΣΗΣ ΚΑΙ ON-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ, (σελ 58) και στην Τεχνική προδιαγραφή 5β προβλέπει ότι ρητώς ότι τα μηχανήματα θα πρέπει να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. 26. Σημειώνεται τέλος ότι τα ανωτέρω διακριβώθηκαν και με την απολύτως AD HOC απόφαση ΑΕΠΠ 912/2021 (ΣΧΕΤ 11β) επί προσφυγής μας των ιδίων πραγματικών περιστατικών η οποία έκρινε τα εξής : «Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, όπως προβάλλει βάσιμα η προσφεύγουσα πράγματι, το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα μοντέλο DBB-EXA δέχεται αποκλειστικά αρτηριοφλεβικές γραμμές τύπου AV18, οι οποίες, επίσης, κατασκευάζονται αποκλειστικά από την εταιρία «...» για χρήση με το μοντέλο DBB-EXA. Εξάλλου, από το αναλυτικό φυλλάδιο των γραμμών AV18, επίσης, προκύπτει ότι το μοντέλο DBBEXA 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 DBB-EXA 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.» 27. Μετά ταύτα, η προσβαλλομένη μη νόμιμα επικύρωσε το Πρακτικό Τεχνικής Αξιολόγησης της

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

επιτροπής με το οποίο έγινε δεκτή την επίδικη προσφορά της εταιρείας ... ενώ καταφανώς ελλείπει η υπ αριθμ 5β. απαιτούμενη Τεχνική Προδιαγραφή ενώ όφειλε, κατ' ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας της να προχωρήσει σε αποκλεισμό της υποψήφιας εταιρείας ... λόγω απόκλισης της προσφοράς της από απαραίτο όρο της Διακήρυξης. Συνεπακόλουθα δε μη νόμιμα προχώρησε στην αξιολόγηση της Οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ... και ανακήρυξε την εταιρεία αυτή ως μειοδότη Γ. ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Αποδοχή μη ορθώς συμπληρωθέντος πίνακα Συμμόρφωσης 28. Στην Παράγραφο 2.4.3.2 «Τεχνική Προσφορά» (βλ σελ. 21) ορίζεται ότι ο κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να προσκομίσει επί ποινή ακυρότητας κατά την υποβολή της προσφοράς. «...Πίνακας Συμμόρφωσης του Παραρτήματος IV υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του Οικονομικού Φορέα» 29. [...] 30. Η ... ΑΕ υπέβαλε τον από 14.12.2020 φύλλο συμμόρφωσης (ως άνω σχετ4) στο οποίο ενσωμάτωσε τον προβλεπόμενο κατά τα ανωτέρω Πίνακα Συμμόρφωσης. Πλην όμως δεν προέβη σε ορθή συμπλήρωση αυτού καθώς στην Ενότητα Β5 καθώς τα πεδία συμπληρώθηκαν ως εξής : ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ - ΕΝΟΤΗΤΑ ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΠΑΡΑΠΟΜΠΕΣ 5. Α. Β. Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. ΝΑΙ 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 Αναλυτική Τεχνική προσφορά:σελ. 3 παράγρ. 5 & Κατατιθέμενη Βεβαίωση στο φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ Operation manual: κεφ. 1 σελ. 1-57 παρ. 1.9.1 & 1.9.2,κεφ.3 σελ. 3-14 προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016. παρ. 3.5, κεφ.3 σελ. 3-25 παρ.3.6.4, κεφ.3 σελ. 3-27 παρ. 3.6.5,κεφ. 9 σελ. 9-37 παρ. 9.8 στο φάκελο παράρτημα προσφοράς. 31. Αρχικώς η ως άνω συμπλήρωση του πίνακα συμμόρφωσης είναι σκοπίμως αόριστη ασαφής και ελλιπής αφού στην σαφέστατη και απλούστατη απαίτηση μη κάλυψης από εργοστασιακό απόρρητο των αναλωσίμων Α/Φ γραμμών η απάντηση που δίνεται ουδόλως απαντά το τεθέν ερώτημα εάν δηλαδή υφίσταται

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

εργοστασιακό απόρρητο αλλά αντιθέτως δηλώνονται άλλα περιφερειακά πραγματικά περιστατικά τα οποία δεν συνδέονται την ερώτηση: α) ότι δηλαδή οι Α/Φ γραμμές περιλαμβάνονται στο κόστος των φίλτρων ότι β) είναι ασφαλείς και ότι γ) «τα είδη» αυτά διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από σωρεία προμηθευτών μέσω παρατηρητηρίου τιμών. Είναι προφανές και ότι οι δηλώσεις α) και β) σε καμία περίπτωση δεν αφορούν την ύπαρξη εργοστασιακού απορρήτου η δε δήλωση γ) με την χρήση των όρων «ελεύθερα» και «ανεμπόδιστα» προσπαθεί να δημιουργήσει αίσθηση έλλειψης απορρήτου πλην όμως δεν επεξηγεί ότι τα «είδη» στα οποία αναφέρεται είναι τα φίλτρα αιμοκάθαρσης και όχι μεμονωμένα οι Α/Φ γραμμές. Είναι λοιπόν προφανές ότι δεδομένου του γεγονότος ότι το προσφερόμενο μηχάνημα χρησιμοποιεί Α/Φ γραμμές καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο η ... αναγκάστηκε να καταχωρήσει ελλιπή άλλως ασαφή άλλως αόριστη απάντηση στο σημείο 5β. Εξάλλου μια απλή αντιπαραβολή με το σημείου 22B του Πίνακα συμμόρφωσης που αφορά την προδιαγραφή ελλείψεως εργοστασιακού απορρήτου κατασκευής για τις φύσιγγες διττανθρακικών αρκεί για να καταδείξει πως θα είχε απαντηθεί το ερώτημα από την ... εάν όντως δεν υφίστατο ζήτημα εργοστασιακού απορρήτου. Εκεί που δεν υφίσταται πρόβλημα η απάντηση είναι ευθεία - σαφής και απολύτως ορισμένη : «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.» • Σε κάθε δε περίπτωση πρέπει να σημειωθεί η επίδικη προδιαγραφή 5 Β είναι «Τα μηχανήματα θα πρέπει να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.» ενώ η «ελεύθερη» απάντηση της ... είναι: «οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης περιλαμβάνονται στην τιμή τους πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη αυτά διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016», Η απάντηση αυτή σε καμία περίπτωση αποδεικνύει ότι πληρείται η τεχνική προδιαγραφή 5β αλλά ακριβώς το

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

αντίθετο καθώς :

- Ο προσδιορισμός τα «είδη αυτά» δεν αναφέρεται στις αρτηριοφλεβικές γραμμές αλλά στα φίλτρα αιμοκάθαρσης. Πράγματι αφού οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν προσφέρονται στους δημόσιους διαγωνισμούς μεμονωμένα αλλά μόνον μαζί με τα φίλτρα αιμοκάθαρσης στην τιμή των οποίων συμπεριλαμβάνονται, αυτά που πράγματι διατίθενται «ελεύθερα και ανεμπόδιστα» στους δημόσιους διαγωνισμούς είναι τα φίλτρα αιμοκάθαρσης και όχι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές μεμονωμένα. Συνεπώς από την απάντηση της καθής ουδόλως προκύπτει η συμμόρφωση της με τον όρο 5β . Αυτό που προκύπτει αναμφίβολα είναι ότι εάν ο «δυνατικός προμηθευτής» προμηθευτεί τις αρτηριοφλεβικές γραμμές AV-18 της κατασκευάστριας των μηχανημάτων Nikkiso θα “δύναται” να προσφέρει φίλτρα ως αναλώσιμα για τα μηχανήματα αυτά γεγονός που καταστρατηγεί ευθέως την τεθείσα τεχνική προδιαγραφή για μηχάνημα «ανοιχτού τύπου».
- Ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ως υπόθεση εργασίας και μόνον, ότι ο προσδιορισμός «τα είδη αυτά» αφορά και τις αρτηριοφλεβικές γραμμές (που ουδέν διαφοροποιεί καθώς, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, δεν διατίθενται αυτοτελώς) και στην περίπτωση αυτή ουδόλως προκύπτει κατά τρόπο ορισμένο πλήρη και σαφή όπως απαιτείται ότι πληρείται η τεχνική προδιαγραφή περί μη υπάρξεως εργοστασιακού απορρήτου κατασκευής. Αντιθέτως η δήλωση της αφορά το πράγματι αληθές γεγονός ότι ελλείπει αποκλειστικής αντιπροσώπευσης της εταιρείας ...ο «δυνατικός προμηθευτής» μπορεί να προμηθευτεί τις πατενταρισμένες αρτηριοφλεβικές γραμμές AV-18 της ...και από άλλους προμηθευτές και όχι μόνον την καθής. (παράλληλες εισαγωγές) Πλην όμως η δυνατότητα ενδεχομένως προσφοράς, σε δεδομένη χρονική στιγμή, αναλωσίμων από τρίτες εταιρίες λόγω πραγματοποίησης παράλληλων εισαγωγών δεν αποδεικνύει την έλλειψη εργοστασιακού απορρήτου και δεν εξυπηρετεί τον ίδιο σκοπό καθώς δεν διασφαλίζει τη διαθεσιμότητα των εν λόγω υλικών και, συνακόλουθα, τη συνεχή και ακώλυτη προμήθεια τους για την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής τους (βλ AD HOC ΑΕΠΠ 583/18 Σκ.24 ΑΕΠΠ 292/18 Σκ18) 32. Εν συνεχεία ως προς τις ΠΑΡΑΠΟΜΠΕΣ ουδόλως διαλευκάνουν την σκοπίμως δημιουργηθείσα αοριστία. Ειδικότερα ελέγχοντας μία προς μία τις παραπομπές από τον επίδικο Πίνακα συμμόρφωσης προκύπτουν τα εξής: - Η πρώτη παραπομπή

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

«Αναλυτική Τεχνική προσφορά: «σελ. 3-5 παράγρ. 5 » (ως άνω ΣΧΕΤ05α) στο σημείο αυτό αναγράφεται : «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. Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Τα είδη αυτά διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016.»

Συνεπώς: η πρώτη παραπομπή ουδόλως άρει την ασάφεια αντιθέτως την επιτείνει, καθώς επαναλαμβάνει τις ως άνω δηλώσεις α) και β) ότι δηλαδή οι Α/Φ γραμμές περιλαμβάνονται στο κόστος των φίλτρων και ότι είναι ασφαλείς ότι «τα είδη αυτά» (δηλαδή τα φίλτρα μαζί με τις γραμμές που τα συνοδεύουν!!!) διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από σωρεία προμηθευτών μέσω παρατηρητηρίου τιμών. Είναι λοιπόν προφανές ότι η παραπομπή αυτή ουδόλως τεκμηριώνει την απάντηση περί μη ύπαρξης απορρήτου κατασκευής ως προς τις γραμμές! - Η δεύτερη παραπομπή «Κατατιθέμενη Βεβαίωση»: χωρίς ειδικότερη παραπομπή (ΣΧΕΤ12) ουδόλως αποδεικνύει το αιτούμενο περί μη κάλυψης των αρτηριοφλεβικών γραμμών από εργοστασιακό απόρρητο αλλά ακριβώς το αντίθετο καθώς επι λέξει εκεί αναγράφεται : Το προσφερόμενο μηχάνημα χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των μέχρι σήμερα γνωστών τύπων - εργοστασίων σύμφωνα με το εναρμονισμένο πρότυπο EN 1283 και ISO 8637. Οι αρτηριοφλεβικές γραμμές που συνοδεύουν τα φίλτρα αιμοκάθαρσης, συμπεριλαμβάνονται στην τιμή τους και πληρούν όλα τα διεθνή πρότυπα ασφαλείας παράρτημα II, ενότητα 3 της οδηγίας 93/42 / ΕΟΚ για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. 2.- Το προσφερόμενο μηχάνημα δέχεται φύσιγγες που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές 3.-Το προσφερόμενο μηχάνημα διενεργεί τις σύγχρονες μεθόδους παραλλαγής της

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

συμβατικής αιμοκάθαρσης (Αιμοδιήθηση και Αιμοδιαδιήθηση με on-line παρασκευή διαλυμάτων υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης) ON-LINE HF και ON-LINE HDF Τα πιο πάνω είδη καθώς και τα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων βλ. Πίνακα αναλωσίμων στο φάκελο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016.» Συνεπώς: εν προκειμένω η ...: στην υπό στοιχείο 1 παράγραφο): επαναλαμβάνει την δήλωση ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές συμπεριλαμβάνονται στην τιμή του φίλτρου και είναι ασφαλείς ουδέν όμως αναφέρει περί εργοστασιακού απορρήτου αυτών! στην υπό στοιχείο 2 παράγραφο αντιθέτως (ως προς τις φύσιγγες διττανθρακικών που ουδόλως αφορούν την κάλυψη της επίδικης προδιαγραφής 5β αλλά αυτήν της προδιαγραφής 22β) ρητώς και απερίφραστα δηλώνει την μη κάλυψη από απόρρητο κατασκευής των ΜΟΝΟΝ των φυσίγγων. Το γεγονός αυτό αναντίρρητα αποδεικνύει ότι η έλλειψη όμοια δήλωσης στην παράγραφο 1 για τις αρτηριοφλεβικές γραμμές αποτελεί σιωπηρή συνομολόγηση ότι υφίσταται εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ως προς τις γραμμές αυτές !!! η υπό στοιχείο 3 παράγραφο δεν αφορά την επίδικη προδιαγραφή. Με την τελευταία άνευ αριθμώσεως παράγραφο επαναλαμβάνεται η γενικόλογη και αόριστη δήλωση ότι όλα τα είδη και τα υλικά διατίθενται ελεύθερα και ανεμπόδιστα από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές μέσω παρατηρητηρίου τιμών - δημόσιων ανοικτών διαγωνιστικών διαδικασιών του Ν.4412/2016, Η οποία όπως προελέχθη ουδόλως αποδεικνύει την έλλειψη απορρήτου κατασκευής. - Η Τρίτη παραπομπή «Operation manual: κεφ. 1 σελ. 1-57 παρ. 1.9.1 & 1.9.2,»: (ΣΧΕΤ13) η μεν 1.9.1 αφορά αποκλειστικά τα φίλτρα αιμοκάθαρσης ενώ η 1.9.2 το α/φ γραμμές και αναφέρει : 1.9.2 Σετ γραμμής αίματος Α/Φ σετ γραμμής αίματος • Αιμοκάθαρση με διπλή βελόνα: Σειρά AV18###-P • Αιμοκάθαρση με διπλή βελόνα (Μόνο on-line HDF/HF): Σειρά AV18###-HFP • Αιμοκάθαρση με μονή βελόνα: Σειρά AV18###-SNP • Γραμμή υποκατάστασης για on-line HDF/HF: Σειρά C18AFA- • Σωλήνας επέκτασης: Σειρά C18RF#-P • Γραμμή επέκτασης: Σειρά C18BDD-P • Επανακυκλοφορητής: Σειρά C18SFD-P * Το "#" είναι ένα αυθαίρετο γράμμα ή ψηφίο. ΠΡΟΕΙΔΟΠΟΙΗΣΕΙΣ • Τα σετ γραμμής αίματος που αναφέρονται είναι

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

κατάλληλα για το σύστημα περιορισμού πίεσης της αντλίας αίματος. • Τα υδρόφοβα φίλτρα προορίζονται για χρήση σε γραμμές εκτόνωσης της πίεσης, ώστε να αποτρέπεται τυχόν μόλυνση. Τα υδρόφοβα φίλτρα πρέπει να αντικαθίστανται, εάν διαβραχούν με διάλυμα χλωριώδους νατρίου ή αίμα. • Η βέλτιστη λειτουργία με μονή βελόνα διασφαλίζεται μόνο με χρήση των αυθεντικών σετ γραμμής αίματος. • Διασφαλίστε τη στειρότητα όλων των υλικών στα σημεία σύνδεσης του αίματος και του διαλύματος αιμοκάθαρσης. ΠΡΟΣΟΧΗ • Για να μειώσετε τον κίνδυνο ελαφράς ή μέτριας βλάβης στον ασθενή από ανεπαρκή θεραπεία, χρησιμοποιείτε μόνο σετ γραμμής αίματος εγκεκριμένα από τη ..., ... για χρήση με το DBB-EXA Συνεπώς: από την τρίτη παραπομπή καθόλου δεν αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την τεχνική προδιαγραφή 5β αλλά ακριβώς το αντίθετο!!! Αποδεικνύεται δηλαδή α) ότι το DBB-EXA δέχεται μόνον τις γραμμές των σειρών AV18 και C18 που κατασκευάζει η ίδια εταιρεία ...(βλ και ως άνω ΣΧΕΤ6) και β) ότι μόνον εγκεκριμένες γραμμές μπορούν να χρησιμοποιηθούν με το μηχάνημα DBB EXA άλλως υφίσταται κίνδυνος βλάβης του ασθενούς!!! Η ως άνω παραπομπή αποτελεί τεκμηρίωση της μη συμμόρφωσης του προσφερόμενου προϊόντος με ρητή απαίτηση της Διακήρυξης. - Η Τέταρτη παραπομπή «Operation manual: κεφ.3 σελ. 3-14 παρ. 3.5,»: (ως άνω ΣΧΕΤ13) αναφέρει : 3.5 Τοποθέτηση των γραμμών αίματος στο DBB-EXA ΠΡΟΣΟΧΗ • Για να μειωθεί κίνδυνος μικρότερης ή μέτριας βλάβης στον ασθενή από ανεπαρκή θεραπεία, χρησιμοποιείτε μόνο σετ γραμμής αίματος εγκεκριμένο από τη ...CO., LTD. για χρήση με τοDBB-EXA • Για να μειωθεί ο κίνδυνος μικρότερης ή μέτριας βλάβης/ασθένειας του ασθενούς, συνδέστε όλες τις συνδέσεις της πλευράς αίματος αμέσως μόλις σπάσετε τη σφράγιση της συσκευασίας προκειμένου να αποφύγετε τη μόλυνση και λοίμωξη. Συνεπώς: από την τέταρτη παραπομπή καθόλου δεν αποδεικνύεται η συμμόρφωση με την τεχνική προδιαγραφή 5β αλλά επιβεβαιώνεται ακριβώς το αντίθετο!!! Καθώς επισημαίνεται εκ νέου ο κίνδυνος βλάβης του ασθενούς από την χρήση μη εγκεκριμένων γραμμών. - Η Πέμπτη παραπομπή «Operation manual: κεφ.3 σελ. 3-25 παρ.3.6.4,»: (ως άνω ΣΧΕΤ13) αναφέρεται στην «Χρήση του σάκου ορού ως υγρό γεμίσματος για πρόγραμμα DN ή πρόγραμμα SNSP» και εν συνεχεία αναγράφει λεπτομερείς τεχνικές χειρισμού του μηχανήματος στις οποίες χρησιμοποιούνται α/φ γραμμές χωρίς ωστόσο να γίνεται απολύτως

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

καμία αναφορά ή να δύναται να συναχθεί ότι οι γραμμές αυτές δεν τελούν υπό κατασκευαστικό απόρρητο. Συνεπώς: και η πέμπτη παραπομπή δεν τεκμηριώνει της δήλωσης της εταιρείας ... περί ανοιχτού τύπου μηχανήματος. - Η έκτη παραπομπή «Operation manual: κεφ.3 σελ. 3-27 παρ. 3.6.5,»: (ως άνω ΣΧΕΤ13) αναφέρεται στην «Χρήση του σάκου ορού ως υγρό γεμίσματος για πρόγραμμα SNSP». Ομοίως με την ανωτέρω πέμπτη παραπομπή και εδώ αναγράφονται λεπτομερείς τεχνικές χειρισμού του μηχανήματος στις οποίες χρησιμοποιούνται μεν α/φ γραμμές χωρίς ωστόσο να γίνεται και πάλι καμία αναφορά ή να δύναται να συναχθεί ότι οι γραμμές που χρησιμοποιούνται με το DBB-EXA δεν τελούν υπό κατασκευαστικό απόρρητο. Συνεπώς: και η έκτη παραπομπή δεν τεκμηριώνει της δήλωσης της εταιρείας ... περί ανοιχτού τύπου μηχανήματος. - Η έβδομη παραπομπή «Operation manual: κεφ. 9 σελ. 9-37 παρ. 9.8,»: (ως άνω ΣΧΕΤ13) αναφέρεται στην «Αντικατάσταση φίλτρου και γραμμής αίματος». Εδώ εφιστάται η προσοχή των χειριστών σε ενέργειες αντικατάστασης αναλωσίμων και γίνεται περιγραφή της λειτουργίας αντικατάστασης πλην όμως χωρίς ωστόσο να γίνεται και πάλι καμία αναφορά ή να δύναται να συναχθεί έστω και εμμέσως ότι οι γραμμές που χρησιμοποιούνται με το προσφερόμενο μηχάνημα DBB-EXA δεν τελούν υπό κατασκευαστικό απόρρητο. Συνεπώς: και η έβδομη παραπομπή ουδέν δεν τεκμηριώνει την δήλωσης της εταιρείας ... περί ανοιχτού τύπου μηχανήματος. 33. Από τα ανωτέρω εναργώς προκύπτει πως οι απαντήσεις που περιέχονται στον Πίνακα Συμμόρφωσης και αφορούν το Χαρακτηριστικό 5β είναι ελλιπείς, ασαφείς και πάσχουν από αοριστία. Ως εκ τούτου η προσφορά αυτή θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί της περαιτέρω διαδικασίας αξιολόγησης. 34. Περαιτέρω από την εξέταση των παραπομπών στον πίνακα Συμμόρφωσης (ως σχετ 04) εναργώς προκύπτει ότι οι εκεί παραπομπές που έχουν τεθεί ως τεκμηρίωση της τεχνικής προδιαγραφής μη καλύψεως από εργοστασιακό απόρρητο των αρτηριφλεβικών γραμμών ουδόλως τεκμηριώνουν ή καν αφορούν την επίδικη τεχνική προδιαγραφή. Ως εκ τούτου ο Πίνακας συμμόρφωσης πάσχει και εξ αυτής της αιτίας. 35. Στο ίδιο δε ακριβώς συμπέρασμα, ότι δηλαδή δεν αποδεικνύεται η μη ύπαρξη εργοστασιακού απορρήτου για τις Α/Φ γραμμές που χρησιμοποιούνται με το μηχάνημα DBB-EXA, κατέληξε και η επιτροπή Διεξαγωγής και Αξιολόγησης του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού κάτω των ορίων με

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

σφραγισμένες προσφορές για την προμήθεια «Δεκατεσσάρων (14) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης» (CPV 33141620-2) «Ιατρικοί Εξοπλισμοί» (ΚΑΕ 9749), για τις ανάγκες της Μ.Τ.Ν., του Γ.Ν...Προϋπολ. δαπάνης 232.400,00 € συμπ. ΦΠΑ 24%, με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, με αριθμό διακήρυξης 1/2020 ΑΔΑ:...ΣΧΕΤ 14). Στον ως άνω διαγωνισμό με πανομοιότυπες τεχνικές προδιαγραφές με τον παρόντα συμμετείχε η εταιρεία μας η εταιρεία ... και η εταιρεία ... η οποία προσέφερε και πάλι το μηχάνημα DBB-ΕΧΑ. Πλην όμως η επιτροπή του διαγωνισμού ελέγχοντας την προσφορά της με από 28 Αυγούστου 2020 Πρακτικό της (ΣΧΕΤΙΚΟ 15) την απέκλεισε από την συνέχεια του διαγωνισμού απορρίπτοντας την προσφορά με την αιτιολογία «δεν αποδεικνύεται ότι τηρεί την προδιαγραφή Νο 5 (Α.5) των τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, όπως προκύπτει από 1) Το φύλλο συμμόρφωσης τεχνικών προδιαγραφών (Α5) 2) Τεχνική προσφορά συστήματος (Α5) 3) Αναλυτική τεχνική προσφορά (τεχνικά χαρακτηριστικά γνωρίσματα παράγραφος 5) 4) Από την απάντηση με θέμα: Διευκρινιστικές ερωτήσεις – επιστολή σας με αριθμ. πρωτ. 5551/28- 09-2020» 36. Είναι λοιπόν προφανές το επίδικο φύλλο συμμόρφωσης δεν έχει συμπληρωθεί νόμιμα από την ... και από αυτό δεν προκύπτει αναμφίβολα η πλήρωση της επίδικης προδιαγραφής 5β περί ελλείψεως εργοστασιακού απορρήτου κατασκευής των αρτηριοφλεβικών γραμμών καθώς α) δεν δηλώνεται ευθέως η συμμόρφωση στην επίδικη προδιαγραφή αλλά αορίστως και τεχνηέντως αναφέρεται στην ελεύθερη διάθεση τους από πλείστους δυνητικούς προμηθευτές που δεν αποτελεί ζητούμενο β) οι παραπομπές δεν αποδεικνύουν την τήρηση της επίδικης προδιαγραφής. Για τον λόγο αυτό Τεχνική προσφορά της ... έπρεπε να έχει απορριφθεί και όλως εσφαλμένως και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και η προσβαλλομένη ενέκρινε τα Πρακτικά Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και αξιολόγησης της με την οποία έγινε τεχνικά αποδεκτή η υπ αριθμ 199761 Προσφορά της εταιρείας «...». Συνεπακόλουθα, μη η προσβαλλομένη νόμιμα απέδεδεχθη εν συνεχεία το πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της ως άνω εταιρείας και ανακήρυξε αυτή ως μειοδότη του επίδικου διαγωνισμού[...].».

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

13. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

14. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ...περιέχουν ιδίως :[...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...]».

15.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης... και στα έγγραφα της σύμβασης... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος ... πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77...»

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

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι Μέρος Γ- β) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ 4 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ ΑΙΜΟΔΙΑΔΗΘΗΣΗΣ ΚΑΙ ON-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ, (σελ 58)[...] : Τεχνική Προδιαγραφή 5 : Α. Να χρησιμοποιεί φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων. Β. Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής[...]Τεχνική Προδιαγραφή 22 : Α. Να παρασκευάζει διάλυμα διττανθρακικών και από πυκνό διάλυμα και από άνυδρο διττανθρακικό νάτριο 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.»

[...]

Παράρτημα IV Υπόδειγμα πίνακα συμμόρφωσης μηχανημάτων αιμοκάθαρσης (σελ 83-84 της διακήρυξης) παρατίθεται σχετικός πίνακας με τα εξής πεδία : α) ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ β) ΑΠΑΙΤΗΣΗ γ) ΑΠΑΝΤΗΣΗ και δ) ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ και στο τέλος αυτών παρατίθενται και οδηγίες συμπλήρωσεως του πίνακα ως εξής : Οδηγίες συμπλήρωσης i Στη Στήλη «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ», περιγράφονται αναλυτικά οι αντίστοιχοι τεχνικοί όροι, υποχρεώσεις ή επεξηγήσεις για τα οποία θα πρέπει να δοθούν αντίστοιχες απαντήσεις. ii Αν στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» ή ένας αριθμός (που σημαίνει υποχρεωτικό αριθμητικό μέγεθος της προδιαγραφής και απαιτεί συμμόρφωση), τότε η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον υποψήφιο ανάδοχο, θεωρούμενη ως απαράβατος όρος σύμφωνα με την παρούσα διακήρυξη. Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως απαράβατους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες. iii Αν η στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» δεν έχει συμπληρωθεί με τη λέξη «ΝΑΙ» ή με κάποιον αριθμό, τότε η προδιαγραφή δεν είναι απαράβατος όρος. Προσφορές που δεν καλύπτουν τους μη απαράβατους όρους ή αποκλίνουν από αυτούς δεν απορρίπτονται. iv Στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» σημειώνεται η απάντηση του αναδόχου που έχει τη μορφή ΝΑΙ/ΟΧΙ εάν η αντίστοιχη προδιαγραφή πληρείται ή όχι από την Προσφορά ή ένα αριθμητικό μέγεθος που δηλώνει την ποσότητα του αντίστοιχου χαρακτηριστικού στην Προσφορά. Απλή κατάφαση ή επεξήγηση δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

και η αρμόδια Επιτροπή έχει την υποχρέωση ελέγχου και επιβεβαίωσης της πλήρωσης της απαίτησης. ν Στη στήλη «ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή στο δικαιολογητικό εκείνο στοιχείο που προσκομίζεται προς απόδειξη πλήρωσης της συγκεκριμένης απαίτησης. Η παραπομπή γίνεται με συγκεκριμένη αναφορά στην αρίθμηση, όπως αποτυπώνεται στο κείμενο της διακήρυξης. Η παραπομπή μπορεί να αφορά σε χαρακτηριστικά της τεχνικής προσφοράς στην τεχνική έκθεση όπου αποτυπώνεται το ολοκληρωμένο σχέδιο ή η μέθοδος υλοποίησης για κάθε επιμέρους παρεχόμενη υπηρεσία, στις αναλυτικές τεχνικές περιγραφές των παρεχόμενων υπηρεσιών, του τρόπου διασύνδεσης και λειτουργίας τους ή στην αναφορά μεθοδολογίας για την παροχή τους κλπ., που κατά την κρίση του υποψηφίου αναδόχου τεκμηριώνουν τα στοιχεία του Πίνακα Συμμόρφωσης. Διευκρινίσεις: 1. Επισημαίνεται ότι είναι υποχρεωτική η απάντηση σε όλα τα σημεία του ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται. 2. Η αρμόδια Επιτροπή θα αξιολογήσει τα παρεχόμενα από τους προσφέροντες στοιχεία κατά την αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών. 3. Σε περίπτωση που δεν έχει απαντηθεί οποιοσδήποτε όρος του ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ, τότε η απάντηση θεωρείται αρνητική. 4. Σε περίπτωση που οποιαδήποτε, από τις ανωτέρω αναφερόμενες στους επισυναπτόμενους πίνακες υποχρεώσεις, δεν καλύπτεται, η προσφορά θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη[...].»

18.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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

(κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

19. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

20. Επειδή 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 εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επ...γχανόταν 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). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, Pizzo Pizzo, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

21.Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν

λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς.

22.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. 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».

23.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της[...].».

24.Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

25. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

26. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών.

27. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

28. Επειδή ο προσφεύγων δεν διαλαμβάνει ειδικούς ισχυρισμούς και δεν επικαλείται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που να αποδεικνύουν την βλάβη του από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εν προκειμένω ευρίσκεται σε τελικό στάδιο καθώς έχει πραγματοποιηθεί το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης.

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

29. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

30. Επειδή, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτού από την συνέχιση της διαδικασίας η οποία ευρίσκεται σε τελικό στάδιο, ούτε η επικαλούμενη ζημία του από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής του και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτού για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018, Α29/2018).

31. Επειδή από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

32. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση

33. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Αριθμός Απόφασης: Α 186 / 2021

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε την 01-07-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ