



ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

19 Οκτωβρίου 2020

ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Αρ. Φύλλου 4600

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

Αριθμ. απόφ. *689/2019

Λήψη απόφασης επί: α) της υπ' αρ. 4968/2.8.2011 καταγγελίας της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά της εταιρίας «Gambro Lundia AB» και κατά της εταιρίας «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» και β) της υπ' αρ. 1437/24.2.2016 καταγγελίας της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά των εταιριών «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ» και «Gambro Lundia AB» για παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 και 101 και 102 της ΣΛΕΕ.

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ
ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1ου ορόφου του κτιρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1Α, Αθήνα, την 12η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00, με την εξής σύνθεση:

Πρόεδρος: Βασιλική Θάνου-Χριστοφίλου

Μέλη: Άννα Νάκου (Αντιπρόεδρος),

Νικόλαος Ζευγώλης, (Εισηγητής)

Παναγιώτης Φώτης,

Ιωάννης Παύλοβιτς,

Ιωάννης Στεφάτος

Ιωάννης Πετρόγλου και

Σωτήριος Καρκαλάκος

Γραμματέας: Ηλιάνα Κούτρα.

Θέμα της συνεδρίασης: Λήψη απόφασης επί: α) της υπ' αρ. 4968/2.8.2011 καταγγελίας της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά της εταιρίας «Gambro Lundia AB» και κατά της εταιρίας «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» και β) της υπ' αρ. 1437/24.2.2016 καταγγελίας της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά των εταιριών «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ» και «Gambro Lundia AB» για παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 και 101 και 102 της ΣΛΕΕ.

ες - Service)» κατά των εταιριών «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ» και «Gambro Lundia AB» για παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 και 101 και 102 της ΣΛΕΕ.

Πριν την έναρξη της συνεδρίασης, ο Πρόεδρος της Επιτροπής όρισε Γραμματέα της συζητήσεως την Ηλιάνα Κούτρα με αναπληρώτρια αυτής την Ευαγγελία Ρουμπή.

Η υπόθεση για την οποία τα μέρη κλητεύθηκαν αρχικά για την 24η Ιουλίου 2018 με συνημμένη σε αυτή την υπ' αρ. 2962/9.5.2018 Εμπιστευτική Έκθεση του αρμόδιου Εισηγητή, δεν ολοκληρώθηκε λόγω λήξης της θητείας της προηγούμενης Επιτροπής. Η προγραμματισμένη μετά από σχετική κλήση συνεδρίαση για την 23η Ιανουαρίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:00, ανεβλήθη, κατόπιν αιτημάτων εμπλεκόμενων μερών για την 12η Φεβρουαρίου 2019.

Η συζήτηση της υπόθεσης συνεχίσθηκε κατά τις συνεδριάσεις της Επιτροπής την 21η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00, την 4η Μαρτίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 11:00, την 6η Μαρτίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 14:00, την 12η Μαρτίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 12:00 και την 19η Μαρτίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 14:00, οπότε και ολοκληρώθηκε.

Στη συνεδρίαση οι νομίμως κλητευθείσες εταιρίες παραστάθηκαν ως εξής: 1) η εταιρία ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ με το νόμιμο εκπρόσωπό της [...] μετά των πληρεξουσίων δικηγόρων Δημητρίου Τεμπέρη και Αλέξανδρου Αλεξιάδη, 2) η εταιρία Gambro Lundia AB διά των πληρεξουσίων δικηγόρων Αναστασίας Δρίτσα, Βιολέτας Παναγιωτοπούλου και Κωνσταντίνου Σακελλάρη, 3) η εταιρία ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ μετά των πληρεξουσίων δικηγόρων Θεμιστοκλή Κλουκίνα, Δημητρίου Μπαμπινιώτη, Αθανασίας Γκούμα και Αγγελικής Ρουσάκη και 4) η εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ με τους νομίμους εκπροσώπους [...], [...] και [...] μετά των πληρεξουσίων δικηγόρων Κωνσταντίνου Κλεισούρα και Σοφίας-Μαρίας Λάγκα.

Αρχικά η Πρόεδρος έδωσε το λόγο στον αρμόδιο Εισηγητή Νικόλαο Ζευγώλη, ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά την υπ' αρ. 2962/9.5.2018 γραπτή εισήγησή του, και λαμβάνοντας υπόψη όσα αναφέρονται αναλυτικά στην εισήγηση, πρότεινε, τα εξής:

* Η παρούσα απόφαση εκδίδεται σε επιπλέον πέντε εκδόσεις: Μία εξ αυτών για Δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και οι λοιπές για τα διάδικα μέρη. Από τις παραπάνω εκδόσεις έχουν αφαιρεθεί τα απόρρητα επιχειρηματικά στοιχεία (όπου η ένδειξη [...]) τα οποία δεν θα πρέπει να περιέλθουν σε γνώση του αντίστοιχου αποδέκτη της έκδοσης, σύμφωνα με το άρθρο 41 του ν. 3959/2011 (Α' 93), όπως ισχύει, και τον Κανονισμό Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (Β' 54/16.1.2013).

1) Να διαπιστωθεί η παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ από τις εταιρίες «Gambro Lundia AB» και «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ για τους λόγους που εκτενώς αναφέρθηκαν ανωτέρω και να επιβληθεί σε αυτές πρόστιμο, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση, όπως περιγράφηκε ανωτέρω.

2) Να υποχρεωθούν οι εταιρίες «Gambro Lundia AB» και «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» να παύσουν την ως άνω διαπιστωθείσα παράβαση, στο βαθμό που αυτή συνεχίζεται και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον.

3) Να απειληθούν οι εταιρίες «Gambro Lundia AB» και «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» με πρόστιμο αν με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού βεβαιώνεται η συνέχιση ή επανάληψη της διαπιστωθείσας παράβασης.

4) Να απορριφθεί ως αβάσιμη η εν θέματι καταγγελία της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά της εταιρίας «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ», για παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ για τους λόγους που εκτενώς αναφέρθηκαν ανωτέρω.

5) Να απορριφθούν ως αβάσιμες οι εν θέματι καταγγελίες της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά των εταιριών «Gambro Lundia AB», «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» και «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ», για παράβαση των άρθρων 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ από τις εταιρίες αυτές, με βάση το σκεπτικό της Εισήγησης.

Κατόπιν, το λόγο έλαβαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των εταιριών και οι νόμιμοι εκπρόσωποί τους, οι οποίοι τοποθετήθηκαν επί της προαναφερόμενης εισήγησης, ανέπτυξαν τις απόψεις τους, έδωσαν διευκρινίσεις και απάντησαν σε ερωτήσεις που τους υπέβαλαν ο Πρόεδρος και τα μέλη της Επιτροπής.

Για τη θεμελίωση των ισχυρισμών τους οι πληρεξούσιοι δικηγόροι ζήτησαν την εξέταση μαρτύρων. Η Επιτροπή, αποδεχόμενη το σχετικό αίτημά τους, εξέτασε τους μάρτυρες: 1) [...] (με διερμηνέα τον [...]) 2) [...], 3) [...] 4) [...], και 5) [...]. Επίσης, εξετάστηκαν ανωμοτί και νόμιμοι εκπρόσωποι εταιριών: α) ο [...], νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας ΣΕΡΚΟ και ο [...], εκπρόσωπος της εταιρίας ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

Επίσης, η Επιτροπή μετά από απόφασή της (12 Φεβρουαρίου 2019) κλήτευσε, στη συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, της 21ης Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00, να καταθέσουν ως μάρτυρες, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 23 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΚΥΑ 117/4.1.2013, Β' 54), οι εκπρόσωποι των εταιριών: α) ΙΑΜΕΔ Π.ΣΑΒΒΙΔΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ και β) ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ Κ. ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε.

Από τις ως άνω κλητευθείσες εταιρίες προσήλθε ενώπιον της Επιτροπής και κατέθεσε ενόρκως, την 21η Φεβρουαρίου 2019, ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ Κ. ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε, [...].

Ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας ΙΑΜΕΔ Π.ΣΑΒΒΙΔΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ [...] δήλωσε κώλυμα να προσέλθει λόγω απουσίας του στο εξωτερικό.

Με την ολοκλήρωση της ακροαματικής διαδικασίας και την εξέταση των μαρτύρων οι πληρεξούσιοι δικηγόροι ζήτησαν και η Πρόεδρος της Επιτροπής χορήγησε προθεσμία οκτώ (8) ημερολογιακών ημερών μετά την παραλαβή των πρακτικών από τα ενδιαφερόμενα μέρη, προκειμένου να υποβάλουν τα συμπληρωματικά υπομνήματά τους.

Η Επιτροπή συνήλθε σε διάσκεψη την 19η Ιουνίου 2019 (ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:00 π.μ.), η οποία συνεχίστηκε την 3η Ιουλίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 12:00 (κατά την οποία αποφασίστηκε να ζητηθούν πρόσθετα στοιχεία από τις εταιρίες Gambro Lundia AB και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ, βάσει του άρθρου 27, παρ. 5 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της ΕΑ) και ολοκληρώθηκε την 30η Ιουλίου 2019 (ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00, στην ως άνω αίθουσα συνεδριάσεων του 1ου ορόφου των Γραφείων της, με τη συμμετοχή του Εισηγητή Νικολάου Ζευγώλη, ο οποίος δεν έλαβε μέρος στην ψηφοφορία και αφού έλαβε υπόψη τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, την Εισήγηση, τις απόψεις που διατύπωσαν προφορικά τα ενδιαφερόμενα μέρη κατά τη συζήτηση της υπόθεσης και με τα υπομνήματα τα οποία υπέβαλαν, καθώς και τα όσα κατέθεσαν οι μάρτυρες κατά την ακροαματική διαδικασία, ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ:

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελία¹ της η εταιρία «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ – ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές – Αντιπροσωπείες – Service)» (εφεξής και ΣΕΡΚΟ ή καταγγέλλουσα) καταγγέλλει την εταιρία «Gambro Lundia AB» (εφεξής και GAMBRO ή καταγγελλόμενη) και την εταιρία «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» (εφεξής και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ή καταγγελλόμενη) για παράβαση των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 και 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΣΛΕΕ).
2. Ειδικότερα, η ΣΕΡΚΟ κατήγγειλε τις εταιρίες GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για παράβαση του άρθρου 1 του ν 3959/2011 και 101 της ΣΛΕΕ διότι με τις ενέργειές τους συνέβαλαν στην *εξαφάνιση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, στη στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, στη δημιουργία πρόσθετων εμποδίων εισόδου και παραμονής στην ελληνική αγορά παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, στη δημιουργία του κατάλληλου υποστρώματος για τον περιορισμό του ανταγωνισμού επί των προσφερομένων τιμών ή/ και την κατανομή των αγορών και στον επηρεασμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου*. Επίσης, κατήγγειλε την GAMBRO για παράβαση του άρθρου 2 του ν.3959/2011 και 102 της ΣΛΕΕ, διότι *καταχράστηκε τη δεσπόζουσα θέση της στην πρωτογενή αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και στη δευτερογενή αγορά ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO, με την άρνηση εκτέλεσης παραγγελιών, την παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών και τη στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της GAMBRO, όπως επίσης και μέσω της επιβολής μη εύλογων-αυθαίρετων και διακριτικών όρων συναλλαγής και της υπερβολικής τιμολόγησης των ανταλλακτικών*.
3. Εν συνεχεία η καταγγέλλουσα με το υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικό της Υπόμνημα κατέθεσε Αίτημα λήψης ασφαλιστικών μέτρων για την άρση των πρακτικών στεγανοποίησης της σχετικής ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO². Ο Πρόεδρος της Επιτροπής Ανταγωνισμού, απήντησε με την υπ' αριθ. πρωτ. 5106/25.06.2013 επιστολή στην καταγγέλλουσα, ότι δεν πιθανολογείται επείγουσα περίπτωση για την αποτροπή αμέσως επικείμενου κινδύνου πρόκλησης ανεπανόρθωτης βλάβης στο δημόσιο συμφέρον, όπως αυτό πρέπει να εξειδικευθεί, ως η ανεπανόρθωτη βλάβη του ανταγωνισμού ως θεσμού, ιδίως στις αγορές ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των εν λόγω μηχανημάτων και ως εκ τούτου αξιολογήθηκε ότι δεν δικαιολογείται η αυτεπάγγελτη εκκίνηση διαδικασίας λήψης ασφαλιστικών μέτρων³.

¹ Η οποία συμπληρώθηκε στη συνέχεια με τα υπ' αριθ. πρωτ. 5339/23.08.2011 και 6108/30.09.2011 έγγραφα της. Η καταγγέλλουσα υπέβαλε επίσης και τα υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011, 1463/17.02.2012, 1917/02.03.2012, 2299/09.03.2012, 2300/09.03.2012, 3437/11.04.2012, 6051/23.07.2012, 7165/20.09.2012, 1679/20.02.2014, 5029/07.07.2014, 1367/19.02.2015, 5858/05.10.2015, 1437/24.02.2016, 3020/22.04.2016, 7067/11.10.2016, 2132/6.4.2017 και 570/24.01.2018 Συμπληρωματικά Υπομνήματα και επιστολές.

² Το αίτημα ασφαλιστικών μέτρων επανέλαβε και στα υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011, 1917/02.03.2012, 2299/09.03.2012, 3437/11.04.2012, 6051/23.07.2012, 7165/20.09.2012, 5029/07.07.2014 και 1437/24.02.2016 Συμπληρωματικά Υπομνήματά της.

³ Η ΣΕΡΚΟ κατέθεσε την από 1.11.2013 (Α.Κ.ΠΡ.1360/5-11-2013) προσφυγή κατά του υπ' αριθ. 5106/25.6.2013 εγγράφου του Προέδρου στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών. Στις 28.5.2014 το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών εξέδωσε την υπ' αριθ. 3647/2014 Απόφαση με την οποία απέρριψε την προσφυγή της ΣΕΡΚΟ.

4. Για τη διερεύνηση των καταγγελλόμενων, στις 06.04.2012 πραγματοποιήθηκε, από τη Γενική Δ/ση Ανταγωνισμού (εφεξής και ΓΔΑ), αιφνιδιαστικός επιτόπιος έλεγχος στην έδρα της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ⁴.
5. Στις 7 Ιουλίου 2014 η καταγγέλλουσα υπέβαλε εκ νέου Αίτημα λήψης ασφαλιστικών μέτρων⁵ για την προσωρινή άρση των καταγγελλόμενων πρακτικών μέχρι την έκδοση απόφασης επί της καταγγελίας της, αιτούμενη μεταξύ άλλων την ακώλυτη πρόσβαση της ΣΕΡΚΟ στην εκπαίδευση και στις τεχνικές πληροφορίες των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, τόσο στο πλαίσιο επικείμενου δημόσιου διεθνούς διαγωνισμού⁶, όσο και των λοιπών μελλοντικών διαγωνισμών, προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος και της εξασφάλισης της πλήρους αποτελεσματικότητας της μελλοντικής αποφάσεως επί της κυρίας υποθέσεως.
6. Μετά την εξαγορά του Ομίλου GAMBRO από την «BAXTER International Inc» το 2013, την απευθείας πώληση στην ελληνική αγορά των προϊόντων GAMBRO, συμπεριλαμβανομένων των μηχανημάτων, ανταλλακτικών και της παροχής σχετικών υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, ανέλαβε από την 1^η Ιανουαρίου 2016 η εταιρία ΜΠΑΞΤΕΡ. Στις 24 Φεβρουαρίου 2016 η ΣΕΡΚΟ επανήλθε με τρίτο Αίτημα λήψης ασφαλιστικών μέτρων⁷ για την προσωρινή άρση των καταγγελλόμενων πρακτικών, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της καταγγελίας, και ζητά να υποχρεωθούν οι εταιρίες GAMBRO και ΜΠΑΞΤΕΡ, να την προμηθεύουν προσωρινά, με εύλογους και μη διακριτικούς όρους (ήτοι σε τιμές χονδρικής), με ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και να εκπαιδεύουν προσωρινά τους τεχνικούς της, όπως και να της παράσχουν πρόσβαση στις αναγκαίες τεχνικές πληροφορίες. Με το ίδιο έγγραφο καταγγέλλει πλέον και την ΜΠΑΞΤΕΡ για άρνηση προμήθειας ανταλλακτικών και παροχής επιστημονικής ενημέρωσης και τεχνικής υποστήριξης⁸.

⁴ Κατόπιν της υπ' αριθ. οικ. 3127/04.04.2012 εντολής ελέγχου του Προέδρου της Ε.Α, καθώς και της υπ' αριθ. οικ. 3227/06.04.2012 συμπληρωματικής εντολής ελέγχου. Στη συνέχεια η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έστειλε τις υπ' αριθ. πρωτ. 3765/24.04.2012, υπ' αριθ. πρωτ. 5497/02.07.2012, υπ' αριθ. πρωτ. 5970/19.07.2012 και υπ' αριθ. πρωτ. 7433/27.09.2012 επιστολές της. Σημειώνεται ότι στην υπ' αριθ. πρωτ. 3765/24.04.2012 επιστολή της διατύπωσε μεταξύ άλλων και τις εξής επιφυλάξεις, επί των εντολών και της διαδικασίας ελέγχου: α) παραβίαση της διαδικασίας του απορρήτου της αλληλογραφίας της κατά παράβαση του άρθρου 19 του Συντάγματος, β) παράληψη της ΕΑ έκδοσης της προβλεπόμενης στον ΚΛΔ της ΕΑ ανακοίνωσης για τη συλλογή και επεξεργασία των συλλεχθέντων από τον έλεγχο στοιχείων, γ) λήψη του συνόλου της η/κικής αλληλογραφίας, δ) ανάκληση της από 06.04.2012 κατάθεσης, η οποία λήφθηκε κατά τη διάρκεια του επιτόπιου ελέγχου, της νομίμου εκπροσώπου της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ε) ότι αναληθώς καταγράφηκε στην εντολή ελέγχου ότι ο έλεγχος έγινε αποδεκτός.

Σε κάθε περίπτωση η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με το προαναφερόμενο έγγραφο της χαρακτήρισε όλα τα ληφθέντα έγγραφα ως απόρρητα. Ωστόσο, σημειώνεται ότι ο έλεγχος διεξήχθη κανονικά και κατά τη διάρκεια του ελέγχου, ελέγχθηκαν τα γραφεία και οι υπολογιστές στελεχών της εταιρίας και συλλέχθηκαν όσα έγγραφα αξιολογήθηκαν ως σχετικά με το σκοπό της έρευνας. Επίσης, ελήφθησαν αντίγραφα ηλεκτρονικών αρχείων και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από ηλεκτρονικούς υπολογιστές της ελεγχόμενης επιχείρησης.

Τέλος, στις 13.07.2012 ολοκληρώθηκε η διαδικασία διαγραφής των ηλεκτρονικών στοιχείων τα οποία χαρακτηρίστηκαν ως καλυπτόμενα από δικηγορικό απόρρητο, ως προσωπικού περιεχομένου και ως μη σχετιζόμενα με το αντικείμενο του ελέγχου. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προσκόμισε λίστα με το σύνολο των ηλεκτρονικών στοιχείων (αρχείων και ηλεκτρονικής αλληλογραφίας) με τον σχετικό χαρακτηρισμό που συνέλεξαν κατά τον επιτόπιο έλεγχο. Ουδεμία ένσταση ή επιφύλαξη προβλήθηκε αναφορικά με τη διαδικασία διαγραφής των ηλεκτρονικών αρχείων και της ηλεκτρονικής αλληλογραφίας.

⁵ Με αριθ. πρωτ. 5029/07.07.2014.

⁶ ΦΕΚ 373/2014, υπ' αρ. 184/2014 Διακήρυξη της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Θεσσαλίας και Στ. Ελλάδας.

⁷ Με αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016.

⁸ Η καταγγελία κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ συμπληρώθηκε στη συνέχεια με τα υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016, 2132/6.4.2017 και 570/24.01.2018 Συμπληρωματικά Υπομνήματα.

7. Στο πλαίσιο της έρευνας που διεξήγαγε η ΓΔΑ για την εν λόγω υπόθεση, απέστειλε σειρά ερωτηματολογίων τόσο στην καταγγέλλουσα⁹ όσο και στις καταγγελλόμενες¹⁰. Ερωτηματολόγια στάλθηκαν επίσης και σε ανταγωνίστριες επιχειρήσεις¹¹, όπως και σε δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία¹². Για την καλύτερη κατανόηση της σχετικής αγοράς πραγματοποιήθηκε και σχετική αλληλογραφία με την Επιτροπή Προμηθειών Υγείας του Υπουργείου Υγείας¹³ και τον Εθνικό Οργανισμό Παροχής Υπηρεσιών Υγείας¹⁴.

ΤΑ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ

Η Καταγγέλλουσα: ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ Επιστημονικά- Ηλεκτρονικά Μηχανήματα

8. Η εταιρία ΣΕΡΚΟ ιδρύθηκε το 1976, με καταστατικό σκοπό, μεταξύ άλλων την «β) ... αντιπροσώπευση, εισαγωγή, κατασκευή, εμπορία, μεσιτεία παντός είδους υγειονομικού υλικού και αναλώσιμων νοσοκομείων – νοσηλευτηρίων και παντός είδους ιατρικών ή

⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ σε απάντηση στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 605/22.01.2015 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ και υπ' αριθ. πρωτ. 3020/22.04.2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2627/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

¹⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 και 3436/02.06.2015 επιστολές της GAMBRO σε απάντηση στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 607/22.01.2015 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 επιστολή της GAMBRO στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2959/20.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Υπ' αριθ. πρωτ. 713/03.02.2017 επιστολή της GAMBRO σε απάντηση στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 8461/30.11.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Υπ' αριθ. πρωτ. 2919/08.05.2018 επιστολή της GAMBRO σε απάντηση στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2503/23.04.2018 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Επίσης η GAMBRO έστειλε και το υπ' αριθ. πρωτ. 3859/07.07.2017 Υπόμνημα κατά της υπ' αριθ. 4968/02.08.2011 καταγγελίας της ΣΕΡΚΟ.

Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απήντησε με την υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 επιστολή της στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 606/22.01.2015 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 3049/22.04.2016 επιστολή της η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απάντησε στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2626/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ. Τέλος, με την υπ' αριθ. πρωτ. 2864/07.05.2018 επιστολή της η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απάντησε στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2504/23.04.2018 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

Η ΜΠΑΞΤΕΡ απάντησε με τις υπ' αριθ. πρωτ. 5123/18.09.2017 και υπ' αριθ. πρωτ. 6269/26.10.2017 επιστολές της στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 3955/13.07.2017 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ και με την υπ' αριθ. πρωτ. 2846/07.05.2018 επιστολή της στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2505/23.04.2018 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

¹¹ Οι οποίες απάντησαν με τις επιστολές: υπ' αριθ. πρωτ. [...], υπ' αριθ. πρωτ. [...] και υπ' αριθ. πρωτ. [...] (DEMO), [...] (DIOPHAR), υπ' αριθ. πρωτ. [...], υπ' αριθ. πρωτ. [...] και υπ' αριθ. πρωτ. [...] (MEDIPRIME), υπ' αριθ. πρωτ. [...], υπ' αριθ. πρωτ. [...] και υπ' αριθ. πρωτ. [...] (ARITI), [...], υπ' αριθ. πρωτ. [...] και υπ' αριθ. πρωτ. [...] (PAROFIL).

Επιστολές επίσης στάλθηκαν στις εταιρίες «ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ Κ. ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε.», «MEDI VALPAN - Π. ΔΟΥΚΑΣ & ΣΙΑ Ο.Ε» και «IAMED Π.ΣΑΒΒΙΔΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ» οι οποίες απάντησαν με τις υπ' αριθ. πρωτ. [...], υπ' αριθ. πρωτ. [...] και υπ' αριθ. πρωτ. [...] επιστολές τους αντίστοιχα.

¹² 251 ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ (1742/11.03.2015), ΘΡΙΑΣΙΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ (7441/10.12.2015), Π.Γ.Ν. ΑΘΗΝΩΝ "ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΜΟΣ" (7890/28.12.2015), Π.Γ.Ν. ΑΘΗΝΩΝ "ΙΠΠΟΚΡΑΤΕΙΟ" (1824/13.03.2015), Π.Γ.Ν. ΑΤΤΙΚΗΣ "ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ" (7853/23.12.2015), Π.Γ.Ν. ΒΟΥΛΑΣ "ΑΣΚΛΗΠΕΙΟ" (1923/20.03.2015), Π.Γ.Ν. ΠΑΙΔΩΝ "ΑΓΛΑΙΑ ΚΥΡΙΑΚΟΥ" (1501/27.02.2015), Π.Γ.Ν. ΠΕΙΡΑΙΑ "ΤΖΑΝΕΙΟ" (1731/10.03.2015), Π.Π.Γ.Ν. "ΑΤΤΙΚΟΝ" (2151/01.04.2015), Π.Γ.Ν. Αλεξανδρούπολης (7721/18.12.2015), Γ.Π.Ν. ΘΕΣ/ΚΗΣ "ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ" (1732/10.03.2015), Π.Π.Γ.Ν. ΙΩΑΝΝΙΝΩΝ (1812/13.04.2015), Ν.Γ.Ν. ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ (1530/27.02.2015), Ν.Γ.Ν. ΛΑΜΙΑΣ (1714/10.03.2015), Ν.Γ.Ν. ΣΥΡΟΥ (1626/06.03.2015), Ν.Γ.Ν. ΧΙΟΥ "ΣΚΥΛΙΤΣΕΙΟ" (1362/19.02.2015).

ΟΜΙΛΟΣ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΑΘΗΝΩΝ ([...]), ΙΑΤΡΙΚΟ ΔΙΑΒΑΛΚΑΝΙΚΟ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ([...]), ΝΕΦΡΟΪΑΤΡΙΚΗ ([...]), ΙΑΣΩ GENERAL ([...]), ΕΡΡΥΚΟΣ ΝΤΥΝΑΝ ([...]).

¹³ Η Επιτροπή Προμηθειών Υγείας απήντησε με την υπ' αριθ. πρωτ. 4871/05.06.2012 επιστολή της στο υπ' αριθ. πρωτ. 4078/04.05.2012 ερωτηματολόγιο της Υπηρεσίας.

¹⁴ Ο Εθνικός Οργανισμός Παροχής Υπηρεσιών Υγείας απήντησε με την υπ' αριθ. πρωτ. 1819/19.03.2018 επιστολή του στο υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 1409/02.03.2018 ερωτηματολόγιο της Υπηρεσίας.

παραϊατρικών ειδών. γ) ... Βιομηχανική και Βιοτεχνική παραγωγή και η παροχή πάσης φύσεως τεχνικών υπηρεσιών σχετική με τα παραπάνω είδη»¹⁵.

9. Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η ΣΕΡΚΟ και αργότερα η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε. (εφεξής και ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ), ιδρύθηκαν από τον [...], προκειμένου αυτές να παράσχουν τεχνικές υπηρεσίες και μόνο, αρχικά στην «Ελληνικά Επιχειρήσεις Εφοδιασμού Νοσηλευτηρίων ΕΠΕ» (εφεξής ΕΕΕΝ) και στη συνέχεια στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ¹⁶ όπως και σε τρίτους για λογαριασμό τους¹⁷. Ωστόσο, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ η εταιρία ιδρύθηκε το 1976, με την τότε επωνυμία της «Ι.ΣΤΕΦΑΝΙΤΣΗΣ και ΣΙΑ ΕΠΕ», από κοινού από τους [...], [...] και [...], με σκοπό να παρέχει αυτόνομα και ανεξάρτητα υπηρεσίες service στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού DASCΟ¹⁸. Η «Ι.ΣΤΕΦΑΝΙΤΣΗΣ και ΣΙΑ ΕΠΕ», παρείχε υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης με δελτίο παροχής υπηρεσιών προς την τότε εταιρία του [...] («Ελληνικοί Επιχειρήσεις Εφοδιασμού Νοσηλευτηρίων ΕΠΕ»), καθώς και προς άλλες εταιρίες.
10. Από το 1977, όπως προαναφέρθηκε, η ΣΕΡΚΟ ξεκίνησε τη συνεργασία της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με την παροχή τεχνικών υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού για το χρονικό διάστημα εγγύησης καλής λειτουργίας των μηχανημάτων¹⁹, ήτοι για διάστημα συνήθως δύο ετών από την ημερομηνία πώλησης των μηχανημάτων από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κατέβαλλε στη ΣΕΡΚΟ σε μηνιαία βάση ένα σταθερό ποσό, βάσει τιμολογίου παροχής υπηρεσιών

¹⁵ Όπως αναφέρεται στο άρθρο 3 της υπ' αριθ. 3435 τροποποίησης και κωδικοποίησης του καταστατικού της εταιρίας (Σχετ. 1 της Καταγγελίας).

¹⁶ Βλ. και παρ. 22, παρακάτω.

¹⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

Σύμφωνα με το αρχείο ΜΕΜΟ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ που βρέθηκε κατά τη διάρκεια του επιτόπιου ελέγχου ως συνημμένο σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της 1^{ης} Ιουλίου 2010, με τίτλο «Ιστορικό SERCO», της [...]: «Με τα πρώτα λίγα μηχανήματα Dascο υπήρξε η ανάγκη τεχνικής στήριξης. Αυτή αντιμετωπίστηκε στην αρχή με part-time απασχόληση αρχικά του [...] και του [...] μετέπειτα. Στη Θεσσαλονίκη η ανάγκη αυτή αντιμετωπίστηκε από τον [...] που μετεξελίχθηκε σε εταιρεία Κ. Δουλγκέρης - Σ. Δημητριάδης Ο.Ε. και σήμερα Τεχνοϊατρική Κ. Δουλγκέρης & Σία Ο.Ε.

Με την αύξηση του αριθμού των μηχανημάτων και για να υπάρχει κίνητρο στους δυο τεχνικούς, ο [...] πρότεινε στον [...] και τον [...] την ίδρυση της Serco ΕΠΕ που ιδρύθηκε το 1976. Τότε, για την παραχώρηση αυτή, ο [...] ζήτησε σαν αντάλλαγμα από τους [...] και [...] το να είναι «πάντα ευχαριστημένοι οι πελάτες» που ετηρήθη από εκείνους και το να γίνεται το εντός εγγύησης service δωρεάν με παροχή δωρεάν ανταλλακτικών από την Hellenic Hospital Suppliers και στη συνέχεια από την Medical Products Ltd. Η Medical Products ιδρύθηκε το 1977 με σκοπό την αντιπροσώπευση της Gambro».

¹⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

Ειδικότερα αναφέρει τα εξής: «Ουδέποτε υπήρξαν υπάλληλοι του [...] οι κ. [...] και [...], αλλά οι τελευταίοι επί μία τριετία πριν την ίδρυση της ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ, υπό την τότε επωνυμία της εταιρείας «Ι.ΣΤΕΦΑΝΙΤΣΗΣ και ΣΙΑ ΕΠΕ», το 1976, παρείχαν υπηρεσίες service με δελτίο παροχής υπηρεσιών προς την τότε εταιρεία του [...] («Ελληνικοί Επιχειρήσεις Εφοδιασμού Νοσηλευτηρίων ΕΠΕ»), καθώς και προς άλλες εταιρείες. Επειδή το 1976 τέθηκε θέμα συνέχισης ή όχι της τεχνικής υποστήριξης με την ανωτέρω μορφή και λόγω οικονομικών οφειλών της ως άνω εταιρείας του [...] προς τους [...] και [...], αποφασίστηκε ομόφωνα από τους τρεις ιδρυτές (κ. [...]) η ίδρυση της εταιρείας μας, η οποία θα λειτουργούσε ανεξάρτητα και αυτόνομα και θα παρείχε υπηρεσίες service (τότε στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού DASCΟ). Καμία δωρεά εταιρικών μεριδίων δεν έλαβε χώρα από τον [...] προς τους κ. [...] και [...] όπως αβάσιμα έχει ισχυριστεί παλιότερα η Ιατρικά Προϊόντα, αλλά έγινε συμφητισμός των χρηματικών οφειλών που η εταιρεία του κ. [...] είχε απέναντι τους».

¹⁹ Ιδιωτικό Συμφωνητικό της 10^{ης} Νοεμβρίου 1977, μεταξύ των εταιριών «ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ» και της «SERCO – Ι. ΣΤΕΦΑΝΙΤΣΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ ΕΠΕ», σχετικό 106 του υπ' αριθ. πρωτ. 6051/23.07.2012 Συμπληρωματικού Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ. Το εν λόγω συμφωνητικό αντικαταστάθηκε με το 25.04.1986 Ιδιωτικό Συμφωνητικό (βλ. αναλυτικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ).

που εκδιδόταν στο όνομα της εταιρίας²⁰. Με τα μηχανήματα του οίκου GAMBRO, η καταγγέλλουσα ξεκίνησε να δραστηριοποιείται από το 1980, έτος κατά το οποίο έγινε και η πρώτη εγκατάσταση μηχανήματος του συγκεκριμένου οίκου στην Ελλάδα²¹.

11. Όσον αφορά τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού, η ΣΕΡΚΟ δραστηριοποιείται αποκλειστικά στην επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, αιμοκάθαρσης (HD)²², του οίκου GAMBRO, καθώς και στη διανομή των ανταλλακτικών τους. Ειδικότερα στην αγορά της επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, η ΣΕΡΚΟ:
 - i. δραστηριοποιείται μέσω της εμπορικής συνεργασίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, όσο αυτή ίσχυε, για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού εντός της περιόδου καλής λειτουργίας (συνήθως δύο έτη) και
 - ii. δραστηριοποιείται μέχρι και σήμερα, καταθέτοντας προσφορές στα νοσοκομεία για τη συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων του σήματος GAMBRO για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας²³.
12. Η ΣΕΡΚΟ συνεργάζεται με ένα μεγάλο αριθμό νοσηλευτικών ιδρυμάτων στην ελληνική επικράτεια. Από τα προσκομισθέντα στοιχεία προκύπτει ότι η συνεργασία της εταιρίας με αρκετά από τα εν λόγω νοσηλευτικά ιδρύματα συνεχίστηκε και μετά την καταγγελία της συμφωνίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στα μέσα του 2010.
13. Μέχρι το χρόνο της καταγγελίας της συμφωνίας της ΣΕΡΚΟ με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ²⁴, η ΣΕΡΚΟ πωλούσε ανταλλακτικά και σε τρίτες επιχειρήσεις και συγκεκριμένα:

²⁰ Βλ. έντυπο καταγγελίας, σελ. 2. Στην καταγγελία επισυνάπτονται, ως σχετικό 12, ενδεικτικά τιμολόγια παροχής υπηρεσιών για την επισκευή και συντήρηση των εντός εγγύησης service μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του οίκου GAMBRO Σουηδίας για τους μήνες Ιανουάριο έως και Δεκέμβριο 2009, ύψους €[...] ανά μήνα.

²¹ Μεταξύ των εταιριών ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, έχουν υπογραφεί τρία Ιδιωτικά Συμφωνητικά τα έτη 1977, 1986 και 1999. Βλ αναλυτικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ.

Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ «*Το από 10 Νοεμβρίου 1977 Ιδιωτικό Συμφωνητικό μεταξύ της εταιρείας μας και της εταιρείας «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» ... αφορούσε αρχικά στην παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, κατά τον χρόνο εγγύησης καλής λειτουργίας τους, στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού του ιταλικού οίκου DASCΟ. Τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro εγκαταστάθηκαν για πρώτη φορά στην Ελλάδα στις 30-4-1980 στο Γενικό Νοσοκομείο Ρόδου ... ».*

²² Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ, σελίδα 2: «*Σημειώνουμε εδώ ειδικότερα ότι η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro χρόνιας αιμοκάθαρσης (hemodialysis "HD")*».

²³ Σύμφωνα με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ και την υπ' αριθ. 2041/2016 απόφαση του Εφετείου Αθηνών.

²⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

«*Μετά την παράνομη καταγγελία της ανωτέρω συμφωνίας μας από την Gambro οι πωλήσεις ανταλλακτικών συνέχισαν να γίνονται σε Δημόσια Νοσοκομεία με τη διαδικασία συλλογής προσφορών. Έτσι καταθέταμε την προσφορά μας σε ανταγωνισμό με τη Medical Products Ltd και αναμέναμε την έγκριση εφόσον είμαστε μειοδότες και στη συνέχεια στέλναμε τα ανταλλακτικά με το αντίστοιχο τιμολόγιο. Κάποια όμως Νοσοκομεία την περίοδο αυτή σταμάτησαν να ζητούν προσφορές και προμηθεύονταν ανταλλακτικά με απ' ευθείας ανάθεση από τη Medical Products Ltd. Αφού η Medical Products Ltd, εφαρμόζοντας σωρεία εναρμονισμένων πρακτικών σε συνεργασία με την Gambro κατά της εταιρείας μας, και αφού από το τέλος του 2010 πρόσθεσε στον καταστατικό της σκοπό την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων Gambro και την εμπορία ανταλλακτικών, δεν έχανε την ευκαιρία να δυσφημίσει την εταιρεία μας στην αγορά και να διαφημίζει πως μόνο αυτή έχει δικαίωμα εμπορίας ανταλλακτικών και συντήρησης μηχανημάτων.*

Κατά τα έτη 2012 και 2013 που η εταιρεία μας βίωσε το παράνομο και αντι- ανταγωνιστικό μοϋκοτάξ ανταλλακτικών (πριν την δημοσίευση και καθαρογραφή της υπ' αρ. 5667/2013 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών), οι περιπτώσεις πώλησης ανταλλακτικών από την εταιρεία μας

α) σε δημόσια νοσοκομεία, τα οποία επισκεύαζαν μόνο τους τα μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού GAMBRO, ήτοι: [...]. Σε αυτή την περίπτωση, η ΣΕΡΚΟ έστειλε την προσφορά της μετά από αίτημα του κάθε νοσοκομείου και ανέμενε επιβεβαίωση και στην συνέχεια γινόταν η αποστολή των ανταλλακτικών με το αντίστοιχο τιμολόγιο.

β) [...], στην οποία περίπτωση η ΣΕΡΚΟ λάμβανε την παραγγελία και στη συνέχεια έστειλε τα ανταλλακτικά με το αντίστοιχο τιμολόγιο σε τιμές χονδρικής.

14. Βασική πηγή εσόδων της ΣΕΡΚΟ αποτελεί παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων σήματος GAMBRO, η οποία υπερέβαινε το [...] % των συνολικών εσόδων της την περίοδο 2007 - 2014. Σημαντική είναι και η συμμετοχή στα έσοδά της από την πώληση των ανταλλακτικών τα οποία, με εξαίρεση τα έτη 2011 - 2012, κυμαίνεται γύρω στο [...] %²⁵.
15. Ο κύκλος εργασιών της ΣΕΡΚΟ μειώθηκε σημαντικά από το 2009 μέχρι και το 2014. Η πτωτική πορεία των εσόδων ξεκίνησε το 2010, έτος κατά το οποίο σταμάτησε η συνεργασία της εταιρίας με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Το 2013 ([...]) και το 2014 ([...]) ο κύκλος εργασιών της ΣΕΡΚΟ ανήλθε σε λιγότερο από το ένα τέταρτο του κύκλου εργασιών της εταιρίας το 2010 ([...]).
16. Η διαχείριση και εκπροσώπηση της εταιρίας έχει ανατεθεί στους 1) [...], 2) [...] και 3) [...], ενώ εταίροι της ΣΕΡΚΟ είναι:

Εταίρος	Ποσοστό συμμετοχής
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]
[...]	[...]

17. Όπως προκύπτει από τον ανωτέρω πίνακα ο κ. [...] παρέμεινε μέχρι, και το θάνατό του²⁶, τον Δεκέμβριο του 2017, μέτοχος της εταιρίας με ποσοστό [...], δεν συμμετείχε ωστόσο στη διαχείριση της εταιρίας (βλ. Άρθρο 21 του καταστατικού)²⁷.

περιορίστηκαν σημαντικά και αφορούσαν σε ανταλλακτικά που τύγγανε να διαθέτουμε stock στην αποθήκη μας από τα προηγούμενα χρόνια.

Μετά την υπ' αριθμ. 5667/2013 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (ήτοι από το 2014 οπότε κοινοποιήθηκε η απόφαση στην Ιατρικά Προϊόντα) η Ιατρικά Προϊόντα έχει παραλλάξει την παράνομη συμπεριφορά της εις βάρος μας, πουλώντας μας μεν ανταλλακτικά, αλλά σε τιμές λιανικής (!!!), με αποτέλεσμα να καθίσταται δυσχερέστατη ως ασύμφορη για τους πελάτες μας η πώληση ανταλλακτικών.»

²⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ. Επίσης, σύμφωνα με την μελέτη με τίτλο «Νόθευση ανταγωνισμού στην αγορά ανταλλακτικών και συντήρησης & επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ελλάδα» που προσκόμισε η καταγγέλλουσα (Σχετικό 120 του υπ' αριθ. πρωτ. 7165/20.09.2012 Υπομνήματος), η παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με το σήμα GAMBRO στην ελληνική αγορά, καθώς και η διανομή των ανταλλακτικών αυτών συνιστούν το [...] % του τζίρου της ΣΕΡΚΟ. Ενδεικτικά η μελέτη αναφέρει «ο κύκλος εργασιών της εταιρείας ανήλθε το έτος 2009 στο ποσό του [...] ευρώ ([...]), το έτος 2010 στο ποσό του [...] ευρώ ([...]) και το έτος 2011 στο ποσό του [...] ευρώ ([...])».

²⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 2846/07.05.2018 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

²⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

Άρθρο 21 «Διαχείριση και Εκπροσώπηση» «Η διαχείριση και εκπροσώπηση της εταιρείας ανατίθεται δια παρόντος και δι' αόριστο χρόνο στους: 1) [...], ..., 2) [...], ... 3) [...], ...».

Η καταγγελλόμενη Gambro Lundia AB

18. Σύμφωνα με τα στοιχεία που επικαλέστηκε η εταιρία, σημειώνονται τα εξής: Η GAMBRO εδρεύει στη Σουηδία και ανήκει στον Όμιλο GAMBRO, μητρική εταιρία του οποίου είναι η εταιρία συμμετοχών χαρτοφυλακίου GAMBRO AB. Η εταιρία δραστηριοποιείται στην αγορά τεχνητού νεφρού και ειδικότερα στα μηχανήματα που υποστηρίζουν τις θεραπείες αιμοδιύλισης (HD) και συνεχούς θεραπείας νεφρικής υποκατάστασης (CRRT)²⁸. Παλαιότερα είχε δραστηριότητα και στην περιτοναϊκή κάθαρση (PD), την οποία έπαυσε το 2010, όταν η σχετική δραστηριότητα του Ομίλου GAMBRO πωλήθηκε παγκοσμίως στον Όμιλο FRESENIUS²⁹.
19. Το 2014 η GAMBRO διέθετε θυγατρικές στο Βέλγιο, Γαλλία, Γερμανία, Δανία, Εσθονία, Ηνωμένο Βασίλειο, Ισπανία, Ιταλία, Ολλανδία, Λετονία, Λιθουανία, Λουξεμβούργο, Πολωνία, Πορτογαλία, Σουηδία, Φινλανδία. Μέλος του ομίλου αποτελεί και η Hospital Hellas Μονοπρόσωπη ΕΠΕ, η οποία δραστηριοποιείται κυρίως στην εμπορία μηχανημάτων CRRT στην Ελλάδα³⁰.
20. Στην Ελλάδα η εταιρία δραστηριοποιείτο μέσω σύμβασης αποκλειστικής διανομής με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ μέχρι και το τέλος 2015 στα μηχανήματα που υποστηρίζουν τις θεραπείες αιμοδιύλισης (HD) και συνεχούς θεραπείας νεφρικής υποκατάστασης (CRRT)³¹. Κατά δήλωσή της, η εταιρία δεν διέθετε ποτέ εγκατάσταση στην Ελλάδα και δεν είχε πουλήσει ποτέ οποιοδήποτε μηχάνημα τεχνητού νεφρού ή ανταλλακτικό του απευθείας ή ίδια σε οποιοδήποτε νοσοκομείο στην Ελλάδα³².
21. Το 2013 ο Όμιλος BAXTER προχώρησε σε παγκόσμιο επίπεδο στην εξαγορά του Ομίλου GAMBRO³³. Η διαδικασία ολοκληρώθηκε το 2015, ενώ για κάποιες χώρες η ενσωμάτωση ολοκληρώθηκε μόλις στις αρχές του 2016. Στο πλαίσιο της εν λόγω εξαγοράς, η GAMBRO εντάχθηκε στο Όμιλο BAXTER, στην κορυφή του οποίου βρίσκεται η εταιρία BAXTER INTERNATIONAL INC, η οποία εδρεύει στις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής. Στην Ελλάδα η ενσωμάτωση ολοκληρώθηκε το 2016 και από 01.01.2016 η διανομή των προϊόντων της γίνεται πλέον από την ΜΠΑΞΤΕΡ.

Η καταγγελλόμενη Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ

22. Σύμφωνα με τα στοιχεία που επικαλέστηκε η εταιρία, σημειώνονται τα εξής: Η Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ συστάθηκε το έτος 1977, από τον [...] και αποτέλεσε επιχειρηματική συνέχεια της «Ελληνικά Επιχειρήσεις Εφοδιασμού Νοσηλευτηρίων ΕΠΕ» (ΕΕΕΝ). Μέχρι και το 2015, η εταιρία ήταν ο αποκλειστικός αντιπρόσωπος του οίκου GAMBRO όσον αφορά τα μηχανήματα, τα ανταλλακτικά και αναλώσιμα των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και την παροχή υπηρεσιών επισκευής – συντήρησης – αναβαθμίσεων αυτών των μηχανημάτων. Η τελευταία σύμβαση διανομής μεταξύ της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και του Ομίλου GAMBRO υπογράφηκε τον Οκτώβριο του 2003³⁴ και ίσχυσε μέχρι και τις 8 Δεκεμβρίου 2015³⁵. Στην εν λόγω σύμβαση οι

²⁸ Απόφαση Ε.Ε. Μ.6851/ BAXTER INTERNATIONAL/ GAMBRO, σελ. 4.

²⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 3436/2.6.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³¹ Στο τέλος του 2010, η Σύμβαση Διανομής του 2003 με την GAMBRO επεκτάθηκε και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απέκτησε επιπλέον το δικαίωμα αποκλειστικής διανομής και των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού συνεχούς θεραπείας – CRRT, ανταλλακτικών, αναλωσίμων και υπηρεσιών με το σήμα HOSPAL.

³² Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³³ Υπ' αριθ. πρωτ. 5123/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

³⁴ Πριν από τη σύναψη της εν λόγω σύμβασης διανομής, άλλες εταιρίες του Ομίλου GAMBRO (διαφορετικά από αυτήν νομικά πρόσωπα) είχαν συνάψει παρόμοιες συμβάσεις διανομής με την Ιατρικά Προϊόντα, με όμοιο περιεχόμενο (βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.4.2015 επιστολή της

εταιρίες ΣΕΡΚΟ και ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ χαρακτηρίζονται ως υπεργολάβοι της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

23. Η εταιρία δραστηριοποιείται στην αγορά αιμοδιύλισης (HD) και περιτοναϊκής κάθαρσης (PD)³⁶. Στο τέλος του 2010, μετά την παύση της δραστηριότητας της Hospal Hellas ΕΠΕ³⁷, η οποία είχε ως αντικείμενο κυρίως συστήματα CRRT, η Σύμβαση Διανομής του 2003 με την GAMBRO επεκτάθηκε και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απέκτησε επιπλέον το δικαίωμα αποκλειστικής διανομής και των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού συνεχούς θεραπείας – CRRT, ανταλλακτικών, αναλωσίμων και υπηρεσιών με το σήμα HOSPAL³⁸.
24. Τον Δεκέμβριο του 2010, η εταιρία προέβη στην τροποποίηση του καταστατικού της προκειμένου να διευρύνει τον σκοπό της ώστε σε αυτόν να συμπεριληφθεί η τεχνική υποστήριξη (service) των εμπορευμάτων των οίκων του εξωτερικού που αντιπροσώπευε, καθώς και οι πάσης φύσεως υπηρεσίες σχετικές με το αντικείμενό της³⁹.
25. Ο κύκλος εργασιών της εταιρίας προέρχεται κυρίως από την δραστηριοποίησή της στην αγορά τεχνητού νεφρού, με τις πωλήσεις που δεν αφορούν τον κλάδο, αλλά αφορούν κτηνιατρικά προϊόντα, να ανέρχονται περίπου στο [...] % των συνολικών πωλήσεών της.
26. Εταίροι της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι:

Εταίρος	Ποσοστό συμμετοχής
[...]	[...]
[...] ⁴⁰	[...]
[...]	[...]

Η καταγγελλόμενη Μπάξτερ Ελλάς ΕΠΕ

27. Σύμφωνα με τα στοιχεία που επικαλέστηκε η εταιρία, σημειώνονται τα εξής: Η ΜΠΑΞΤΕΡ, συστάθηκε και ξεκίνησε τη λειτουργία της το 1990. Αποτελεί μέλος του Ομίλου «BAXTER INTERNATIONAL INC» και ειδικότερα αποτελεί κατά [...] % θυγατρική της [...] ⁴¹. Το αντικείμενο δραστηριότητάς της, όπως αυτό διαμορφώθηκε και μετά την ολοκλήρωση της συγχώνευσης μεταξύ της Baxter International Inc και της GAMBRO AB, συνίσταται μεταξύ άλλων, αφενός μεν στην εισαγωγή, πώληση, διανομή, και με οποιονδήποτε τρόπο εμπορία προϊόντων αντιμετώπισης νεφρολογικών παθήσεων, αφετέρου δε στην παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησής τους και στην πώληση και διανομή ανταλλακτικών και αναλωσίμων για τα εν λόγω μηχανήματα, καθώς και πώληση και διανομή οποιωνδήποτε άλλων ιατρικών

GAMBRO). Βλ. αναλυτικά στην Εισήγηση ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ.

³⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

³⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, σελίδα 36.

³⁷ Η οποία ανήκει στον Όμιλο Gambro.

³⁸ Η επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων ανατέθηκε στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ. Σημειώνεται ότι είχε ήδη καταγγελθεί η συνεργασία με την ΣΕΡΚΟ.

³⁹ Τροποποίηση της [...] όπου αναφέρεται η [...]

⁴⁰ Ο [...] πέθανε το Δεκέμβριο του 2017.

⁴¹ Βάσει του διαγράμματος του Ομίλου το οποίο ισχύει από τις 18 Αυγούστου 2017.

Η [...] εδρεύει στην Αγγλία. Το λοιπό [...] ανήκει στην εταιρία [...], επίσης μέλος του Ομίλου, η οποία εδρεύει στις ΗΠΑ.

- συσκευών και ηλεκτρονικού εξοπλισμού, ο οποίος σχετίζεται με τους επιχειρηματικούς σκοπούς της BAXTER.
28. Μέχρι την πραγματοποίηση της εξαγοράς, η ΜΠΑΞΤΕΡ είχε ενεργή παρουσία στην αγορά της περιτοναϊκής κάθαρσης (PD) και των φίλτρων αιμοδιύλισης μέσω της διανομής, της εταιρίας DIOPHAR ΑΕ, καθώς επίσης και στην αγορά της συνεχούς υποκατάστασης νεφρικής λειτουργίας (CRRT) μέσω της δεύτερης διανομής της, της εταιρίας Ariti ΑΕ. Μετά την εξαγορά της GAMBRO από τη BAXTER και την ένταξη της εν λόγω εταιρίας και των θυγατρικών της στον Όμιλο BAXTER, η ΜΠΑΞΤΕΡ ανέλαβε ενεργό ρόλο και στην αγορά της αιμοδιύλισης (HD). Η σχετική ενσωμάτωση στην ελληνική αγορά ολοκληρώθηκε στις αρχές του έτους 2016⁴².
29. Από το 2006, η ΜΠΑΞΤΕΡ είχε συνάψει σύμβαση διανομής με την Baxter Services Europe SA⁴³, βάσει της οποίας η ΜΠΑΞΤΕΡ ήταν επιφορτισμένη με την διανομή των ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού BAXTER στην Ελλάδα. Η εταιρία Baxter Services Europe SA έχει την ευθύνη του κέντρου διανομής των προϊόντων BAXTER (και πλέον και GAMBRO) για την Ευρώπη. Από την 01.01.2016 η εν λόγω σύμβαση **μη αποκλειστικής** διανομής τροποποιήθηκε ώστε να καταλάβει και τα ανταλλακτικά των ιατρικών μηχανημάτων GAMBRO^{44,45}. Την 10.12.2015 καταρτίστηκε μεταξύ της GAMBRO και της εταιρίας ΜΠΑΞΤΕΡ σύμβαση **μη αποκλειστικής** διανομής⁴⁶, η οποία αφορά ειδικώς ιατρικά μηχανήματα τεχνητού νεφρού⁴⁷.
- Σύμφωνα με τη GAMBRO⁴⁸, σε εκτέλεση των ανωτέρω συμβάσεων, ήδη από 01.01.2016 η ΜΠΑΞΤΕΡ αποτελεί την αποκλειστική διανομέα - πάροχο για την Ελλάδα μηχανημάτων τεχνητού νεφρού (μεταξύ των οποίων πλέον και αυτών με το σήμα GAMBRO), των ανταλλακτικών τους, καθώς επίσης και των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης.
30. Σχετικά με τις εν λόγω συμβάσεις η ΜΠΑΞΤΕΡ αναφέρει ότι αυτές «*αποτελούν συμβάσεις μεταξύ θυγατρικών εταιριών του αυτού Ομίλου Εταιριών, το αντικείμενο των οποίων συνίσταται στην ενδοομιλική κυκλοφορία των οικείων ανταλλακτικών και μηχανημάτων προκειμένου αυτά να διατεθούν στους τελικούς καταναλωτές, ιδιωτικά και δημόσια νοσοκομεία, στην Ελληνική αγορά, στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής τις οποίες θα παρέχει αποκλειστικά η [ΜΠΑΞΤΕΡ]. Δεν αποτελούν δηλαδή, ανεξάρτητα από τον νομικό χαρακτηρισμό τους, τυπικές συμβάσεις διανομής μεταξύ προμηθευτή και τρίτου διανομέα, οι οποίες διέπονται από διαφορετική οικονομική, επιχειρηματική και νομική λογική. Καταρτίστηκαν δε σε εκτέλεση και πραγμάτωση του σχήματος καθετοποιημένης οργάνωσης το οποίο κρίθηκε αναγκαίο να εφαρμοστεί στην Ελληνική αγορά*»⁴⁹.

⁴² Υπ' αριθ. πρωτ. 6269/26.10.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ και υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητικής επιστολής της GAMBRO.

⁴³ Η εταιρία ανήκει στον Όμιλο BAXTER. Αποτελεί κατά [...] % θυγατρική της [...] (υπ' αριθ. πρωτ. 6269/26.10.2017 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ).

⁴⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητική επιστολή της GAMBRO (Παράρτημα 27).

⁴⁵ Οι ανωτέρω συμβάσεις διανομής μεταξύ των αντισυμβαλλόμενων συνδεδεμένων εταιριών του Ομίλου BAXTER, αποτελούν τυποποιημένες ενδοομιλικές συμβάσεις πλαίσιο, που καθιστούν δυνατή την διακίνηση εντός του Ομίλου, των σχετικών προϊόντων και υπηρεσιών (4733/30.06.2016).

⁴⁶ Ειδικότερα η Σύμβαση αναφέρει τα εξής:

[...]

⁴⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητική επιστολή της GAMBRO (Παράρτημα 26).

⁴⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητική επιστολή της GAMBRO (σελ. 6).

⁴⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 5123/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

Σύντομο ιστορικό της διακοπής της εμπορικής σχέσης μεταξύ των μερών

31. Στις 10.11.1977 υπεγράφη μεταξύ της εταιρίας ΣΕΡΚΟ⁵⁰ και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ιδιωτικό συμφωνητικό, με το οποίο συμφωνήθηκε η ανάθεση από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην ΣΕΡΚΟ της συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατά τη διάρκεια της περιόδου εγγύησης, με δωρεάν παραχώρηση στη ΣΕΡΚΟ των ανταλλακτικών που εισήγαγε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Το εν λόγω συμφωνητικό αντικαταστάθηκε με το 25.04.1986 Ιδιωτικό Συμφωνητικό⁵¹, βάσει του οποίου η ΣΕΡΚΟ α) θα εισήγαγε πλέον στο όνομά της και για ίδιο λογαριασμό⁵² ανταλλακτικά και β) θα παρείχε υπηρεσίες συντήρησης στους αγοραστές των μηχανημάτων που είχε πωλήσει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.
32. Εν συνεχεία υπεγράφη η από 4.1.1999 σύμβαση μεταξύ της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και της ΣΕΡΚΟ, όπου αναφέρονται τα εξής: «*Η πρώτη εκ των συμβαλλομένων [Ιατρικά Προϊόντα] αναθέτει ... στη δεύτερη [ΣΕΡΚΟ] την συντήρηση των μηχανημάτων που αυτή εισάγει και εμπορεύεται ήτοι Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού, Περιτοναϊκής Κάθαρσης κλπ κατά το χρόνο που αυτά βρίσκονται σε εγγύηση καλής λειτουργίας, αντί αμοιβής [...] μετά των υλικών που θα απαιτούνται*⁵³. ... *Η Δεύτερη εκ των συμβαλλομένων συμφωνεί ότι: (α) αναλαμβάνει έναντι της πρώτης και έναντι των τρίτων αγοραστών των ανωτέρω προϊόντων την πλήρη συντήρηση των μηχανημάτων αυτών για όλο τον χρόνο ισχύος της παραπάνω συμβάσεως ... (γ) εγγυάται ότι η συντήρηση αυτή είναι σύμφωνη με τους όρους και τις δεσμεύσεις που η πρώτη εκ των συμβαλλομένων αναλαμβάνει με την προσφορά της σε κάθε περίπτωση ... Η παρούσα σύμβαση έχει ισχύ για χρόνο αόριστο και συγκεκριμένα μέχρι της καταγγελίας της εγγράφως από οποιονδήποτε εκ των συμβαλλομένων*⁵⁴.
33. Η συνεργασία μεταξύ της ΣΕΡΚΟ και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ συνεχίστηκε, χωρίς προβλήματα, για περίπου τριάντα χρόνια. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, οι εμπορικές σχέσεις μεταξύ των μερών άρχισαν να επιδεινώνονται την περίοδο 2007-2009, όταν παρουσιάστηκε διαφωνία σχετικά με υπέρμετρες αυξήσεις στις τιμές των ανταλλακτικών για τα μηχανήματα GAMBRO⁵⁵.
34. Συνέπεια, κατά τη ΣΕΡΚΟ, των οχλήσεων τόσο προς την GAMBRO, όσο και προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, σχετικά με τις υπερτιμολογήσεις των ανταλλακτικών, ήταν η αμφισβήτηση για πρώτη φορά από την πλευρά των καταγγελλόμενων, με επιστολές και εξώδικες δηλώσεις τους, των συμβατικών σχέσεών τους με αυτή. Οι δύο καταγγελλόμενες ισχυρίστηκαν, για πρώτη φορά σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, ότι δεν υπήρξε ποτέ συμβατική σχέση της ΣΕΡΚΟ με τη GAMBRO, ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι όχι μόνο ο αποκλειστικός διανομέας των μηχανημάτων της GAMBRO, αλλά και ο αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος από αυτήν πάροχος υπηρεσιών σχετικά με αυτά και διανομέας των ανταλλακτικών στην ελληνική αγορά και τέλος ότι η ΣΕΡΚΟ είναι απλώς υπεργολάβος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, στην οποία έχει ανατεθεί από αυτήν η παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού για τη Νότια Ελλάδα για

⁵⁰ Τότε υπό την επωνυμία: «SERCO – Ι. ΣΤΕΦΑΝΙΤΣΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ ΕΠΕ», βλ. σχετικό 106 του υπ' αριθ. πρωτ. 6051/23.07.2012 Συμπληρωματικού Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ.

⁵¹ Βλ. σχετικά στη με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγηση ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ.

⁵² Για την περίοδο εγγύησης τα ανταλλακτικά αυτά χρεώνονταν στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σε τρέχουσες τιμές πώλησης.

⁵³ Υφίστανται δύο διαφορετικά Ιδιωτικά Συμφωνητικά της 4.1.1999 για τα οποία δημιουργήθηκε αντιδικία μεταξύ των μερών. Αναλυτικά βλ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ.

⁵⁴ Σημειώνεται ότι σύμβαση με ακριβώς ίδιο περιεχόμενο υπεγράφη στις 4.1.1999 και μεταξύ της ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε. και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

⁵⁵ Βλ. Ενότητα V.4 «Τιμολόγηση ανταλλακτικών από την GAMBRO».

λογαριασμό της, αφού το αντίστοιχο έργο το έχει αναθέσει για τη Βόρεια Ελλάδα στην εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ.

35. Το Φεβρουάριο του 2010 δημιουργήθηκε πρόβλημα στις ενδοσυμβατικές σχέσεις της ΣΕΡΚΟ και της GAMBRO διότι η τελευταία έστειλε βεβαίωση όπου αναγραφόταν ότι η εταιρία ΣΕΡΚΟ ήταν αποκλειστικός διανομέας στη Νότια Ελλάδα, ενώ οι προηγούμενες βεβαιώσεις έγραφαν ότι ήταν διανομέας για όλη την Ελλάδα⁵⁶.

36. Την αμφισβήτηση, από τις καταγγελλόμενες, των εμπορικών σχέσεων με τη ΣΕΡΚΟ ακολούθησε ανταλλαγή εξώδικων διαμαρτυριών⁵⁷, η πρώτη εκ των οποίων απεστάλη από τη ΣΕΡΚΟ στις 10 Μαρτίου 2010. Οι διαφωνίες μεταξύ των ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σχετικά με τα χαρακτηριστικά και τις υποχρεώσεις της εμπορικής τους συνεργασίας είχαν ως αποτέλεσμα την αμφίπλευρη καταγγελία της μεταξύ τους συνεργασίας εντός του 2010 (αναλυτικά βλ. Ενότητα 0 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης). Ειδικότερα:

– Η καταγγέλλουσα με εξώδικη δήλωσή της (24.06.2010) προς τις δύο καταγγελλόμενες α) κατήγγειλε την ως άνω από 4.1.1999 σύμβαση και β) δήλωσε ότι θα εξακολουθήσει τη συντήρηση των μηχανημάτων GAMBRO μέχρι την 20.9.2010, εφόσον τούτο της ζητηθεί από τη δεύτερη καταγγελλόμενη^{58,59}. Επιπροσθέτως η καταγγέλλουσα με δηλώσεις της προς Νοσοκομεία που είχαν διενεργήσει σχετικούς διαγωνισμούς ανακάλεσε τις προσφορές που είχε καταθέσει στο πλαίσιο αυτών⁶⁰, λόγω καταγγελίας της συνεργασίας της με τον οίκο GAMBRO.

– Στις 11.8.2010 επιδόθηκε στη ΣΕΡΚΟ «Εξώδικος Διαμαρτυρία, Δήλωση και Πρόσκληση & Καταγγελία Σύμβασης» της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κοινοποιούμενη στη GAMBRO, όπου μεταξύ άλλων η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ δήλωσε ότι καταγγέλλει τη μεταξύ τους σύμβαση υπεργολαβίας, ανακαλεί την πιστοποίηση της GAMBRO και την καλούσε, και μετά τη λύση της μεταξύ τους σύμβασης υπεργολαβίας, να εκπληρώσει άρτια τις υποχρεώσεις της «... από εκκρεμείς σήμερα συμβάσεις παροχής τεχνικών υπηρεσιών με τα νοσοκομεία, διαφορετικά ... να μεριμνήσουμε εμείς για την παροχή των αναγκαίων σχετικών υπηρεσιών, ...».

⁵⁶ Υπ' αριθ. 5667/2013 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών.

⁵⁷ Βλ. σχετικά στη με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγηση ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ.

⁵⁸ Στο από 24.6.2010 εξώδικο της ΣΕΡΚΟ προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η πρώτη αναφέρει «Να ειδοποιήσετε τους πελάτες σας ότι η συνεργασία μας διεκόπη – με αποκλειστικά δική σας υπαιτιότητα... στην περίπτωση κατά την οποία η εταιρεία σας δεν είναι σε θέση να ανταποκριθεί άμεσα στις συμβατικές υποχρεώσεις της έναντι των πελατών της στο πλαίσιο της παροχής εγγύησης καλής λειτουργίας των μηχανημάτων, η εταιρεία μας ... θα σας συνδράμει κάθε φορά εκτός της ανωτέρω συμβάσεως και εφόσον μας ζητηθεί και μόνο για εύλογο χρονικό διάστημα μετά τη λήξη της μεταξύ μας σύμβασης, το οποίο διάστημα σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να υπερβαίνει τις 30/09/2010 ...».

⁵⁹ Είχαν προηγηθεί α) στις 10.3.2010 επιστολή της καταγγέλλουσας προς τις καταγγελλόμενες με την οποία ζητούσε να ενημερωθεί για το περιεχόμενο της ως άνω από 2003 σύμβασης των δύο καταγγελλόμενων εταιριών και β) εξώδικη δήλωση με ημερομηνία 18.3.2010 της δεύτερης καταγγελλόμενης, σύμφωνα με την οποία η καταγγέλλουσα δεν τηρεί συμβατική σχέση με την πρώτη καταγγελλόμενη, αλλά συνιστά υπεργολάβο της δεύτερης στη Νότια Ελλάδα.

⁶⁰ Συνημμένες στην υπ' αριθ. πρωτ. 3765/24.04.2012 επιστολή της, προσκομίζει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ 19 επιστολές της ΣΕΡΚΟ προς νοσοκομεία με ημερομηνία 24.06.2010 στις οποίες αναφέρεται «Ανακαλύψαμε την προσφορά μας με που αφορά ανανέωση της σύμβασης επισκευής και συντήρησης των Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού του οίκου GAMBRO που λήγει στις ... λόγω καταγγελίας της συνεργασίας μας με τον οίκο GAMBRO». Τις επιστολές υπογράφουν οι κκ [...], [...] και [...], εταίροι της ΣΕΡΚΟ.

Αντίστοιχες «ανακλήσεις προσφορών» επισύναψε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και στην υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική της επιστολή (σχετ.36).

37. Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, κατά το χρόνο της καταγγελίας από τη ΣΕΡΚΟ της μεταξύ τους σύμβασης έργου, η τελευταία διέκοψε αιφνίδια την προμήθεια ανταλλακτικών στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, παραβιάζοντας, σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, τις υποχρεώσεις της σε σχέση με τη διακίνηση ανταλλακτικών. Μετά την αμφίπλευρη καταγγελία της μεταξύ των ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΣΕΡΚΟ συνεργασίας, το 2010, τα ανταλλακτικά για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού εισάγονταν και διανέμονταν πλέον στην Ελλάδα από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Για την επισκευή και συντήρηση των εντός εγγύησης καλής λειτουργίας μηχανημάτων, η ΣΕΡΚΟ πλέον έστελνε ενημερωτικές επιστολές – προσφορές προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με τις οποίες την ενημέρωνε για το κόστος επισκευής κάθε μηχανήματος εντός εγγύησης που παρουσίαζε βλάβη.
38. Η GAMBRO με την από 11.08.2010 εξώδικη δήλωσή της, δήλωσε στη ΣΕΡΚΟ ότι αντιλαμβάνεται πως αυτή δεν είναι πλέον υπεργολάβος συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO στην Ελλάδα, και πως τροποποιεί την τελευταία «βεβαίωση» που της είχε ήδη χορηγήσει και η οποία είχε ισχύ μέχρι την 31.12.2010. Κατόπιν η GAMBRO διέκοψε την χορήγηση οποιασδήποτε περαιτέρω παρόμοιας βεβαίωσης προς την καταγγέλλουσα. Σε συνέχεια των ανωτέρω και προκειμένου να διασφαλιστεί η εκ μέρους της ΣΕΡΚΟ απρόσκοπτη εκτέλεση των εκκρεμών συμβάσεών της με τα νοσοκομεία⁶¹, η ίδια κατέθεσε στις 25.07.2011 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με την οποία αιτήθηκε να διαταχθεί η GAMBRO, μεταξύ άλλων, να εκτελεί τις παραγγελίες της σε ανταλλακτικά, να της χορηγήσει βεβαίωση με την οποία θα της εγγυάτο την προμήθεια ανταλλακτικών, καθώς και βεβαίωση εξουσιοδοτημένου – πιστοποιημένου παρόχου υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO⁶², η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 8241/2012 Απόφαση. Στο ίδιο αίτημα είχε σωρεύσει και αίτημα έκδοσης σε βάρος της προσωρινής διαταγής, το οποίο απορρίφθηκε στις 19/8/2011.
39. Μετά την απόρριψη του αιτήματος χορήγησης προσωρινής διαταγής, η ΣΕΡΚΟ αναγκάστηκε να απευθυνθεί στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, προκειμένου να καλύψει τις ανάγκες της σε ανταλλακτικά. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ την προμήθευε με ανταλλακτικά σε αυξημένες τιμές σε σχέση με αυτές που την χρέωνε η GAMBRO πριν την καταγγελία της συμφωνίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Όπως προκύπτει και από την από 15.12.2011 εξώδικη δήλωση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η εταιρία ήταν διατεθειμένη να προμηθεύει με ανταλλακτικά την ΣΕΡΚΟ μόνο για τις εκκρεμείς συμβάσεις που αυτή είχε με τα νοσοκομεία. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σταμάτησε να εκτελεί τις παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ το 2012 επικαλούμενη ότι αυτές δεν υποβάλλονταν κατά τον τρόπο που της είχε υποδείξει με το από 15.12.2011 εξώδικό της αλλά και ότι η ΣΕΡΚΟ δεν είχε εκτελέσει όσα η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ την είχε καλέσει να κάνει με το από 11.08.2010 εξώδικό της⁶³.
40. Τον Φεβρουάριο του 2012 η GAMBRO προχώρησε στον αποκλεισμό των τεχνικών της ΣΕΡΚΟ από τα εκπαιδευτικά σεμινάρια της σχετικά με τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού. Την ίδια περίοδο, διέκοψε και την πρόσβαση της ΣΕΡΚΟ στο δίκτυο τεχνικών πληροφοριών σχετικά με τα μηχανήματά της, στο οποίο η ΣΕΡΚΟ είχε πρόσβαση για πολλά χρόνια, με κωδικούς που της χορηγούσε η GAMBRO. Από το εν λόγω δίκτυο η εταιρία ενημερωνόταν για όλες τις νέες τεχνικές αλλαγές και οδηγίες του κατασκευαστή.

⁶¹ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε πίνακα με 42 εκκρεμείς συμβάσεις της με νοσοκομεία με αώτερο σημείο λήξης ορισμένων από αυτών στις [...] (σχετικό 11 καταγγελίας).

⁶² Την οποία προσκόμισε και ως σχετικό 12 της καταγγελίας.

⁶³ Βλ. Ενότητα V.3.2.

41. Το Μάρτιο του 2012 η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προχώρησε στην αποστολή, προς σειρά δημόσιων νοσοκομείων, επιστολής με την οποία τα ενημέρωνε ότι η ΣΕΡΚΟ υπήρξε στο παρελθόν υπεργολάβος της, αλλά ότι πλέον έχει λυθεί η μεταξύ τους σύμβαση με υπαιτιότητα της ΣΕΡΚΟ. Επίσης, τα ενημέρωνε ότι η ΣΕΡΚΟ δεν έχει καμία εξουσιοδότηση να προσφέρει ή να παρέχει τεχνικές υπηρεσίες σε μηχανήματα GAMBRO και δεν διαθέτει την ετήσια πιστοποίηση τεχνικής επάρκειας από τον κατασκευαστή οίκο. Τέλος, ενημέρωνε τα νοσοκομεία ότι η ΣΕΡΚΟ δεν έχει πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα του κατασκευαστή οίκου, μέσω των οποίων διασφαλίζεται η σύμφωνη με τις προδιαγραφές του κατασκευαστή συντήρηση και αναβάθμιση των μηχανημάτων⁶⁴.
42. Περαιτέρω, η ΣΕΡΚΟ κατέθεσε ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (τακτική διαδικασία) τις από 19.01.2012 και από 6.12.2012 αγωγές της κατά των καταγγελλομένων σχετικά με την άρνηση πώλησης ανταλλακτικών. Κατόπιν συνεκδίκασης των ως άνω αγωγών, λόγω πρόδηλης συνάφειας, την 2.10.2013 εκδόθηκε η υπ' αριθ. 5667/2013 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η οποία αναγνώρισε ότι η άρνηση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να πωλεί στην ΣΕΡΚΟ ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, συνιστά αθέμιτη και αντί - ανταγωνιστική πρακτική και την υποχρέωσε να πωλεί στη ΣΕΡΚΟ ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, όπως ακριβώς πράττει με τους άλλους πελάτες της, χωρίς να θέτει αυθαίρετους και διακριτικούς όρους, και να παραλείπει στο μέλλον να αρνείται την πώληση και την εκτέλεση των παραγγελιών αυτών σε ανταλλακτικά (βλ. και αμέσως επόμενη ενότητα *Δικαστικές Αποφάσεις*).
43. Η εν λόγω απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (εφεξής και ΠΠΑΘ), κατέστη τελεσίδικη δυνάμει της υπ' αριθ. 2041/2016 απόφασης του Εφετείου Αθηνών, η οποία υποχρέωσε την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να εκτελεί τις παραγγελίες σε ανταλλακτικά που προορίζονται για επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και να παραλείπει στο μέλλον να αρνείται την πώληση και την εκτέλεση των σχετικών παραγγελιών. Μετά την έκδοση της Απόφασης, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ άρχισε και πάλι να αποδέχεται την εκτέλεση των παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ⁶⁵, σε τιμές όμως που, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η πρώτη τιμολογεί τους τελικούς χρήστες (νοσοκομεία).
44. Μετά την εξαγορά της GAMBRO AB από την BAXTER, την απευθείας πώληση στην ελληνική αγορά των προϊόντων GAMBRO, συμπεριλαμβανομένων των μηχανημάτων, ανταλλακτικών και της παροχής σχετικών υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης ανέλαβε από την 1^η Ιανουαρίου 2016 η ΜΠΑΞΤΕΡ. Με κοινή συμφωνία των μερών, λύθηκε τον Δεκέμβριο του 2015 η από 7 - 10.10.2003 σύμβαση διανομής της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.
45. Στις 25 Ιανουαρίου 2016 η ΣΕΡΚΟ έστειλε τόσο στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ⁶⁶, όσο και στη ΜΠΑΞΤΕΡ⁶⁷, αίτημα προμήθειας ανταλλακτικών για μηχανήματα

⁶⁴ Βλ. σχετ. 91 και 92 του υπ' αριθ. πρωτ. 3437/11.04.2012 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης της ΣΕΡΚΟ. Η ΣΕΡΚΟ επίσης προσκόμισε πίνακα με τα νοσοκομεία στα οποία πιθανολογεί ή γνωρίζει ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έστειλε την εν λόγω επιστολή (σύνολο 16 νοσοκομεία), (Σχετ 93 του Υπομνήματος).

⁶⁵ Βλ. σχετ. 124 και 125 του υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014 Συμπληρωματικού Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ.

⁶⁶ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 1 της 1437/24.02.2016 καταγγελίας - αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων την υπ' αριθ. 354/25.01.2016 παραγγελία για προμήθεια ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

⁶⁷ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 3 της 1437/24.02.2016 καταγγελίας - αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων την υπ' αριθ. 353/7.1.2016 παραγγελία για προμήθεια ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO προς την ΜΠΑΞΤΕΡ Την εκτέλεση της εν λόγω

GAMBRO. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αρνήθηκε την εκτέλεση της παραγγελίας, καθώς και οποιασδήποτε άλλης εφεξής, ισχυριζόμενη ότι έληξε η συνεργασία της με την GAMBRO⁶⁸. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, εκείνη την περίοδο, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ εξυπηρετούσε εκκρεμείς υποχρεώσεις της στην αγορά, ορισμένες μάλιστα εκ των οποίων τις ανέλαβε τον Δεκέμβριο του 2015⁶⁹. Η ΜΠΑΞΤΕΡ, παρά τις επανειλημμένες οχλήσεις της ΣΕΡΚΟ, δεν εκτέλεσε την παραγγελία⁷⁰.

46. Τον Μάρτιο του 2016, η ΣΕΡΚΟ άσκησε εναντίον της ΜΠΑΞΤΕΡ ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών αίτηση ασφαλιστικών μέτρων⁷¹ με αίτημα να υποχρεωθεί να εκτελεί τις απευθυνόμενες σε αυτήν ανά μήνα παραγγελίες ανταλλακτικών κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην αίτησή της. Παράλληλα αιτήθηκε και την χορήγηση προσωρινής διαταγής, για την εκτέλεση των υπ' αριθ. 353/7.1.2016 και 355/10.03.2016 παραγγελιών της σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, καθώς επίσης και κάθε άλλης παραγγελίας της σε ανταλλακτικά μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κύριας αίτησής της, το οποίο έγινε δεκτό⁷².
47. Μετά την έκδοση της εν λόγω προσωρινής διαταγής, η ΜΠΑΞΤΕΡ ξεκίνησε να εκτελεί τις παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ σε τιμές όμως, όπως ισχυρίζεται η καταγγέλλουσα, λιανικής και όχι χονδρικής. Η προσωρινή διαταγή διατηρήθηκε σε ισχύ μέχρι την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως της ΣΕΡΚΟ. Στις 13.03.2017, με την υπ' αριθ. 2153/2017 απόφασή του, το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών απέρριψε την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ ως νομικά αβάσιμη, με το σκεπτικό ότι ήγε σε ικανοποίηση δικαιώματος με αποτέλεσμα η ΜΠΑΞΤΕΡ να σταματήσει την ικανοποίηση των παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ.
48. Η ΣΕΡΚΟ με νέα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ζήτησε να ανακληθεί η υπ' αριθ. 2153/2017 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, ώστε αφού γίνει δεκτή η αίτηση, να διαταχθούν τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα. Επί της νέας αίτησης ασφαλιστικών εκδόθηκε η υπ' αριθ. 176/2017 Απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών η οποία έκανε δεκτή την αίτηση της ΣΕΡΚΟ και υποχρέωσε προσωρινά τη ΜΠΑΞΤΕΡ να εκτελεί τις παραγγελίες ανταλλακτικών που θα της απευθύνει η ΣΕΡΚΟ εφαρμόζοντας τις τιμές χονδρικής πώλησης και χωρίς να θέτει διακριτικούς όρους (βλ. και αμέσως επόμενη ενότητα *Δικαστικές Αποφάσεις*).

Δικαστικές Αποφάσεις

49. Όπως προαναφέρθηκε, για την προάσπιση των ιδιωτικών της συμφερόντων και προκειμένου να διασφαλιστεί η εκ μέρους της ΣΕΡΚΟ απρόσκοπτη εκτέλεση των εκκρεμών συμβάσεών της με τα νοσοκομεία, η εταιρία κατέθεσε στις 25 Ιουλίου 2011 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με την οποία αιτήθηκε να διαταχθεί η GAMBRO, μεταξύ άλλων, να εκτελεί τις

παραγγελίας ζήτησε εκ νέου με την από 14.01.2016 επιστολή της (σχετικό 5 της 1437/24.02.2016 καταγγελίας – αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων).

⁶⁸ Σχετικά η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε την από 27.1.2016 ηλεκτρονική επιστολή - απάντηση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (σχετικό 2 της 1437/24.02.2016 καταγγελίας – αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων).

⁶⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.03.2016 Καταγγελία – Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

⁷⁰ Σχετικά η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε την από 3.2.2016 εξώδικη δήλωσή της (σχετικό 6 της υπ' αριθ. 1437/24.02.2016 καταγγελίας – αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων).

⁷¹ Σχετικό 1 του υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ.

⁷² Ειδικότερα, αναφέρει: «(..) να εκτελέσει τις αναφερόμενες στην κρινόμενη αίτηση, υπ' αριθ. 353/07-01-16 και 355/10-03-16 παραγγελίες ..., καθώς και κάθε άλλη παραγγελία σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO που η αιτούσα θα της απευθύνει, σύμφωνα με τον τιμοκατάλογο χονδρικής και όχι λιανικής και χωρίς να θέτει διακριτικούς όρους, σύμφωνα και με τα ειδικότερα αιτούμενα στο αιτητικό της κρινόμενης αίτησης ως προς το αίτημα χορήγησης προσωρινής διαταγής. Όλα τα ανωτέρω μέχρι τη συζήτηση της ένδικης αίτησης και με τον όρο συζήτησής της κατά την ορισθείσα δικάσιμο».

παραγγελίες της σε ανταλλακτικά, να της χορηγήσει βεβαίωση με την οποία θα της εγγυάτο την προμήθεια ανταλλακτικών, καθώς και βεβαίωση εξουσιοδοτημένου – πιστοποιημένου παρόχου υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO⁷³. Η αίτηση της ΣΕΡΚΟ συμπεριέλαβε αίτημα για χορήγηση προσωρινής διαταγής, το οποίο συζητήθηκε ενώπιον του Προέδρου Υπηρεσίας του Πρωτοδικείου Αθηνών την 19.08.2011 και απορρίφθηκε. Το εν λόγω αίτημα λήψης ασφαλιστικών μέτρων από τη ΣΕΡΚΟ απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 8241/2012 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών.

50. Εν συνεχεία, η ΣΕΡΚΟ κατέθεσε ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (τακτική διαδικασία) τις από 19.01.2012 και από 6.12.2012 αγωγές της⁷⁴ κατά των καταγγελλομένων σχετικά με την άρνηση πώλησης ανταλλακτικών.

51. Με την πρώτη αγωγή η ΣΕΡΚΟ ζητεί μεταξύ άλλων:

1) ν' αναγνωριστεί η απόλυτη ακυρότητα των συμφωνιών μεταξύ των εναγομένων, δυνάμει των οποίων α. η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ορίζεται από την GAMBRO αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και αποκλειστικός πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων στην Ελλάδα, αποκλεισμένου του ορισμού από την πρώτη άλλου διανομέα ή παρόχου στην αγορά, β. η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έχει την διακριτική ευχέρεια διορισμού υπεργολάβων μετά την έγκρισή του διορισμού τους από την πρώτη, χωρίς την υποχρέωση τήρησης για τον ορισμό αυτών ποιοτικών αντικειμενικών και μη διακριτικών κριτηρίων, γ. αποκλείεται πλήρως η πώληση ανταλλακτικών τόσο από την GAMBRO όσο και από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σε ανεξάρτητους παρόχους υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού Gambro στην ελληνική αγορά, δηλαδή μη συμβεβλημένους με την πρώτη και μη έχοντες την ιδιότητα του υπεργολάβου της δεύτερης, δ. αποκλείεται από οποιονδήποτε πάροχο υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής η παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών από διανομείς των εν λόγω προϊόντων σε άλλες χώρες μέλη ή μη μέλη της ΕΕ και ε. οι αναγκαίες για τους διαγωνισμούς δημοσίων νοσοκομείων βεβαιώσεις της GAMBRO περί προμήθειας ανταλλακτικών και πιστοποιητικού επισκευαστή, δεν χορηγούνται παρά μόνο από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και στους από αυτή οριζόμενους υπεργολάβους, αποκλειόμενου κάθε άλλου παρόχου,

2) να υποχρεωθεί η GAMBRO να χορηγήσει τις αναγκαίες για συμμετοχή της ΣΕΡΚΟ σε διαγωνισμούς βεβαιώσεις προμήθειας ανταλλακτικών από αυτή, που θα πιστοποιεί ότι η ενάγουσα είναι εξουσιοδοτημένος – πιστοποιημένος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων GAMBRO, σε ετήσια βάση και για το χρονικό διάστημα τεσσάρων ετών (1.1.2012 έως 31.12.2015), άλλως επικουρικά να της χορηγηθεί η απαραίτητη βεβαίωση για κάθε διαγωνισμό που θα προκηρυχθεί εντός του παραπάνω χρονικού διαστήματος και

3) να υποχρεωθεί η GAMBRO να πωλεί και να εκτελεί τις παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ σε ανταλλακτικά για τη συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO για το διάστημα από 1.2.2012 έως 31.1.2016.

52. Με τη δεύτερη αγωγή η ΣΕΡΚΟ ζητεί **α)** να αναγνωριστεί ότι η άρνηση πώλησης ανταλλακτικών από τη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ συνιστά αθέμιτη και ανταγωνιστική πρακτική, **β)** να υποχρεωθεί η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να της πωλεί και να εκτελεί για το σκοπό αυτό τις εκάστοτε παραγγελίες σε ανταλλακτικά, χωρίς να θέτει αυθαίρετους

⁷³ Με την υπ' αριθ. 7433/27.9.2012 επιστολή της, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ υπέβαλε στην Υπηρεσία την υπ' αριθ. 8241/2012 απορριπτική απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών επί του αιτήματος λήψης ασφαλιστικών μέτρων από τη ΣΕΡΚΟ.

⁷⁴ Με γενικούς αριθμούς κατάθεσης 12358 και 198352/2012 και αριθμούς κατάθεσης δικογράφων 463 και 6208/2012 αντίστοιχα.

και διακριτικούς όρους και να υποχρεωθεί να απέχει από κάθε ενέργεια που παρεμποδίζει την εκπαίδευση των τεχνικών, αφού σύμφωνα με το ιστορικό της αγωγής η GAMBRO στις 15.2.2012 αρνήθηκε την εκπαίδευση τεχνικού της ΣΕΡΚΟ στη Σουηδία και στις 16.2.2012 διέκοψε την πρόσβαση στο σύστημα τεχνικής υποστήριξης ηλεκτρονικής βάσης τεχνικών δεδομένων. Η ΣΕΡΚΟ ισχυρίζεται ότι η άρνηση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να χορηγήσει σ' αυτή ανταλλακτικά από το Δεκέμβριο του 2011 με την αιτιολογία της καταγγελίας από τον Αύγουστο του 2010 της σύμβασης υπεργολαβίας, αποτελεί ανταγωνιστική συμφωνία που αφορά αυτήν και την πρώτη εναγομένη, αφού πρόκειται περί αυθαιρέτου και αντι-ανταγωνιστικού αποκλεισμού της από το δίκτυο εξουσιοδοτημένων παρόχων και δεν στηρίζεται σε αντικειμενικά και ποιοτικά κριτήρια.

53. Κατόπιν συνεκδίκασης των ως άνω αγωγών, λόγω πρόδηλης συνάφειας, την 2.10.2013 εκδόθηκε η υπ' αριθ. 5667/2013 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η οποία αναγνωρίζει: «...ότι η άρνηση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ «*Medical Products Ltd*» να πωλεί στην ενάγουσα εταιρεία με την επωνυμία « ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ- επιστημονικά- ηλεκτρονικά Μηχανήματα (εισαγωγές – αντιπροσωπείες *service*)» και το διακριτικό τίτλο «*SERCO LTD*» ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, συνιστά αθέμιτη και ανταγωνιστική πρακτική» (βλ. φύλλο 12, σελ. 23 αυτής) και υποχρεώνει την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να πωλεί στη ΣΕΡΚΟ ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, όπως ακριβώς πράττει με τους άλλους πελάτες της, χωρίς να θέτει αυθαίρετους και διακριτικούς όρους, και να παραλείπει στο μέλλον να αρνείται την πώληση και την εκτέλεση των παραγγελιών αυτών σε ανταλλακτικά.
54. Η εν λόγω απόφαση αναφέρει ότι ο πληρεξούσιος δικηγόρος της ενάγουσας δήλωσε ότι παραιτείται του δικογράφου της δεύτερης αγωγής ως προς την πρώτη των εναγομένων. Στη συνέχεια η απόφαση δέχεται ότι η ΣΕΡΚΟ παρείχε επί 30 περίπου έτη υπηρεσίες συντήρησης των μηχανημάτων στην εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με εισαγωγή ανταλλακτικών απ' ευθείας από την GAMBRO και με την έκδοση τιμολογίων πώλησης. Η εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ παρείχε διετή εγγύηση συντήρησης, τις δε εργασίες συντήρησης έκανε η εταιρία ΣΕΡΚΟ που εισέπραττε αμοιβή κατ' αποκοπή (ανά έτος) από την εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, όταν δε περνούσε η διετία η ενάγουσα εταιρία, με συμφωνία με τους ιδιοκτήτες των μηχανημάτων, παρείχε τις υπηρεσίες συντήρησης απευθείας στο όνομά της. Προκειμένου δε να μετέχει η εταιρία ΣΕΡΚΟ σε σχετικούς διαγωνισμούς η εταιρία GAMBRO της χορηγούσε ετήσιες έγγραφες βεβαιώσεις όπου αναφέρονταν ότι αυτή είναι αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος συντηρητής των μηχανημάτων αυτών και μοναδικός διανομέας ανταλλακτικών στην Ελλάδα. Περαιτέρω η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στις προσφορές των προς πώληση μηχανημάτων δήλωνε ότι έχει μόνιμα συνεργεία συντήρησης της ΣΕΡΚΟ για την νότια Ελλάδα και της ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ για τη Βόρεια Ελλάδα. Ειδικότερα στις σχετικές προσφορές ανέφερε ότι μετά τον χρόνο εγγύησης υπήρχε δυνατότητα κατάρτισης ετήσιου συμβολαίου συντήρησης χωρίς να αναφέρεται ότι αυτό θα καταρτιζόταν από την ΣΕΡΚΟ. Η εταιρία ΣΕΡΚΟ εκτέλεσε τις υπηρεσίες συντήρησης κανονικά μέχρι το Μάρτιο του 2010, οπότε και δημιουργήθηκε πρόβλημα στις ενδοσυμβατικές σχέσεις των διαδίκων εταιριών. Συγκεκριμένα το Φεβρουάριο του 2010 δημιουργήθηκε πρόβλημα στις σχέσεις της εταιρίας ΣΕΡΚΟ και της GAMBRO διότι η τελευταία έστειλε βεβαίωση όπου αναγραφόταν ότι η εταιρία ΣΕΡΚΟ ήταν αποκλειστικός διανομέας στη Νότια Ελλάδα, ενώ οι προηγούμενες βεβαιώσεις έγραφαν ότι ήταν διανομέας για όλη την Ελλάδα. Επίσης δημιουργήθηκε πρόβλημα με οικονομική διαφωνία ποσού [...] ευρώ, που η GAMBRO αξίωνε ως διαφορά από υποτιμολόγηση ανταλλακτικών, ενώ η ΣΕΡΚΟ ισχυρίστηκε ότι ήταν υπερτιμολόγηση. Σύμφωνα με την απόφαση, αποδείχτηκε ότι η κατάρτιση της από Οκτωβρίου 2003 σύμβασης διανομής μεταξύ της GAMBRO και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ δεν έγινε με σκοπό τον ανταγωνισμό της ΣΕΡΚΟ ούτε την

εκτόπισή της από την δραστηριότητα της. Άλλωστε η τελευταία ήταν πλέον υπεργολάβος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και όχι αποκλειστικός διανομέας και συντηρητής της GAMBRO. «Ο καθορισμός αυτών των σχέσεων των εταιριών είναι σύμφωνος με τις συναλλαγές, αφού ο αποκλειστικός διανομέας είναι συνήθως και υπεύθυνος για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων. Η κατάρτιση της σύμβασης διανομής κατά συνέπεια δεν έγινε με δόλιο τρόπο προκειμένου να σφετεριστούν την πελατεία και την εκμετάλλευση της φήμης της ενάγουσας, ... η διακοπή της συμβατικής σχέσης των διαδίκων δεν ήταν αδικαιολόγητη και αιφνίδια και δεν συντρέχει λόγος καταχρηστικής εκμετάλλευσης της σχέσης οικονομικής εξάρτησης της ενάγουσας από την εταιρεία *Medical Products Ltd* [ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ], αφού δεν είναι δυνατή η διαιώνιση των συμβατικών σχέσεων στο διηνεκές, ... Συνεπώς δεν μπορεί να υποχρεωθεί η εταιρεία «*Medical Products Ltd*» [εκ παραδρομής φαίνεται ότι εννοεί την *GAMBRO Lundia AB*] να συνεχίσει την πώληση στην ενάγουσα ανταλλακτικών και την χορήγηση πιστοποιητικών εξουσιοδοτημένου διανομέα ανταλλακτικών και παρόχου υπηρεσιών συντήρησης, αφού η συνεργασία τους έχει λήξει. Επίσης λόγω έλλειψης προφορικής ή έγγραφης συμφωνίας περί εμπορικής συνεργασίας δεν μπορεί να υποχρεωθεί η εταιρεία αυτή να εκπαιδεύει τεχνικούς της ενάγουσας σε σχετικά σεμινάρια και να παρέχει πρόσβαση στο δίκτυο τεχνικών πληροφοριών των μηχανημάτων της. Η ενάγουσα ωστόσο ως ανεξάρτητος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης, στο πλαίσιο των εκκρεμών συμβάσεων της, μπορεί να προμηθεύεται ανταλλακτικά από την εταιρία «*Medical Products Ltd*» που είναι αποκλειστικός διανομέας στην αγορά και είναι εξ ορισμού ως αποκλειστικός διανομέας, ανταγωνιστής κάθε ανεξάρτητου χονδρέμπορου. Επίσης αποδείχτηκε ότι η δεύτερη εναγομένη εταιρία πώλησε στην ενάγουσα ανταλλακτικά με αυξημένη τιμή, κατά 7%, με μικρότερη πίστωση σε σχέση με αυτή που παρείχε η εταιρεία «*Gambro Lundia AB*». Όμως η κάθε επιχείρηση είναι ελεύθερη στα πλαίσια της επιχειρηματικής της ελευθερίας, να επιλέγει τον τρόπο με τον οποίο θα διανέμει τα προϊόντα της, στα πλαίσια δε μίας συμφωνίας αποκλειστικής διανομής η επιχείρηση μπορεί να συμφωνεί και να πωλεί τα προϊόντα της μόνο σε ένα διανομέα για μεταπώληση σε συγκεκριμένη περιοχή, χωρίς την υποχρέωση να προμηθεύει με τους ίδιους όρους και στις τιμές, που προμηθεύει τον αποκλειστικό διανομέα της και τους χονδρεμπόρους, που θέλουν να προμηθεύονται τα προϊόντα της. Η διαφορά των τιμών αυτών σε σχέση με αυτές του παρελθόντος είναι σημαντική και συνιστά δικαιολογημένη διάκριση σε βάρος της ενάγουσας, αφού υπάρχει διαφορά τιμών σε σχέση με τους άλλους πελάτες της «*Medical Products Ltd*». Περαιτέρω η εταιρεία «*Gambro Lundia AB*» δεν έχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά και οι εναγομένες εταιρείες δεν παρεμπόδισαν με τη μεταξύ τους σύμβαση αποκλειστικής διανομής τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού ούτε επηρέασαν μονομερώς την αγορά, ενώ η ενάγουσα, όπως προεκτέθηκε δεν στερείται άλλων εναλλακτικών λύσεων, αφού αυτή δραστηριοποιείται στη συντήρηση κι άλλων μηχανημάτων.... Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η εταιρία «*Medical Products Ltd*» (εναγομένη στη δεύτερη αγωγή) οφείλει να εκτελεί τις εκκρεμείς παραγγελίες για αγορά ανταλλακτικών της ενάγουσας, χωρίς όρους, με τις ίδιες τιμές, που πωλεί τα ανταλλακτικά και στους άλλους πελάτες της. Η σχετική άρνηση της όπως προκύπτει, κατά το ιστορικό της δεύτερης αγωγής, προσκρούει στην απαγόρευση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν.3959/2011 (άρνηση πώλησης από επιχείρηση που εισάγει αποκλειστικά τα προϊόντα του παραγωγού στη χώρα). ... Σύμφωνα με τα παραπάνω επί της πρώτης αγωγής δεν συντρέχει λόγος απόλυτης ακυρότητας των όρων της συμφωνίας (σύμβασης διανομής) μεταξύ των εναγομένων εταιριών ούτε είναι υποχρεωμένη η πρώτη εναγομένη εταιρεία «*Gambro Lundia AB*» να χορηγεί στην ενάγουσα σχετικές βεβαιώσεις προμήθειας σε ανταλλακτικά και να πιστοποιεί ότι η ενάγουσα είναι εξουσιοδοτημένη πάροχος υπηρεσιών επισκευής μηχανημάτων της, να εκτελέσει την με αριθμό 319/3 -1.2012 παραγγελία αγοράς ανταλλακτικών και να πωλεί ανταλλακτικά στην ενάγουσα, αφού καμία σύμβαση (προφορική ή έγγραφη) δεν την υποχρεώνει προς τούτο. Αναφορικά με

τη δεύτερη εναγομένη, λόγω καταγγελίας της σύμβασης υπερβολαβίας με την ενάγουσα δεν είναι επίσης υποχρεωμένη στην σύμπραξη για χορήγηση των σχετικών πιστοποιητικών. Συνεπώς η πρώτη αγωγή κρίνεται αβάσιμη από ουσιαστική άποψη στο σύνολό της και πρέπει ν' απορριφθεί. ... Αντίθετα η δεύτερη αγωγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως προς τη δεύτερη εναγομένη εταιρεία «Medical Products Ltd» και ν' αναγνωρισθεί ότι η άρνηση πώλησης από αυτή ανταλλακτικών στην ενάγουσα συνιστά αθέμιτη και ανταγωνιστική πρακτική, να υποχρεωθεί αυτή να εκτελεί τις παραγγελίες σε ανταλλακτικά, που προορίζονται για επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού «Gambro», όπως ακριβώς πράττει και με άλλους πελάτες, χωρίς να θέτει στην ενάγουσα αυθαίρετους και διακριτικούς όρους, και να παραλείπει στο μέλλον να αρνείται την πώληση και την εκτέλεση των σχετικών παραγγελιών με την απαγγελία σε βάρος της χρηματικής ποινής 30.000 ευρώ.»

55. Επί της προαναφερομένης υπ' αριθ. 5667/2013 οριστικής απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, τόσο η ΣΕΡΚΟ όσο και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κατέθεσαν έφεση. Η πρώτη παραπονείται κατά το μέρος που το αίτημά της απορρίφθηκε, ήτοι κατά τη διάταξη με την οποία απερρίφθη ως ουσιαστικά αβάσιμη η από 19.1.2012 ασκηθείσα αγωγή της κατά της GAMBRO και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ζητεί για λόγους που ανάγονται σε εσφαλμένη εφαρμογή και ερμηνεία του νόμου και σε πλημμελή εκτίμηση των αποδείξεων να εξαφανιστεί η εκκαλουμένη απόφαση κατά την ανωτέρω διάταξη, ώστε να γίνει καθ' ολοκληρίαν δεκτή η αγωγή της. Η δεύτερη ζητεί να ακυρωθεί η απόφαση κατά το μέρος που την υποχρεώνει να πωλεί ανταλλακτικά στη ΣΕΡΚΟ όπως πράττει με τους άλλους πελάτες της χωρίς να θέτει αυθαίρετους και διακριτικούς ρόλους.
56. Η προαναφερόμενη απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, κατέστη τελεσίδικη δυνάμει της υπ' αριθ. 2041/2016 απόφασης του Εφετείου Αθηνών, η οποία απεδέχθη ότι «α) η συμβατική σχέση που συνδέει την ενάγουσα [ΣΕΡΚΟ] με την πρώτη εναγομένη [GAMBRO] ήταν αυτή της αποκλειστικής διανομής στην Ελλάδα ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με το σήμα "Cambro" και της εξουσιοδοτημένης μέχρι το έτος 2010 παρόχου συντήρησης των μηχανημάτων αυτών εκτός του διετούς χρόνου εγγύησης αυτών στην Νότια Ελλάδα ενώ από το έτος 2011 η ενάγουσα ήταν ανεξάρτητη πάροχος των υπηρεσιών αυτών και β) η μόνη συμβατική σχέση που συνδέει την ενάγουσα με την δευτέρα εναγομένη [ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ] ήταν η ανάθεση από την τελευταία στην πρώτη του έργου της συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού εντός του διετούς χρόνου εγγύησης αυτών αντί μηνιαίας αμοιβής [...] ευρώ. ...

Ανεξαρτήτως του αληθούς χρόνου που καταρτίσθηκε η ανωτέρω σύμβαση από το μη αμφισβητούμενο από την ενάγουσα περιεχόμενό του ως άνω εγγράφου προκύπτει α) η διακοπή της κατά τα ανωτέρω αναφερόμενης ατύπως υπάρχουσας σύμβασης αποκλειστικής διανομής των ανταλλακτικών με το σήμα Cambro που είχε καταρτισθεί μεταξύ της ενάγουσας και της πρώτης εναγομένης μετά του έτους 1986 και ίσχυε μέχρι τουλάχιστον το έτος 2010 και συγχρόνως η δημιουργία νέας σύμβασης αποκλειστικής διανομής ανταλλακτικών μεταξύ των εναγομένων και β) η διακοπή της ιδιότητας της ενάγουσας ως αποκλειστικής συντηρήτριας των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στη Νότια Ελλάδα και συγχρόνως η ύπαρξη σύμβασης μεταξύ των εναγομένων δυνάμει της οποίας η δευτέρα ορίζεται αποκλειστική στην Ελλάδα συντηρήτρια των μηχανημάτων της πρώτης, έχοντας δικαίωμα να ορίζει υπερβολάβους που ως τέτοιους όριζε την ενάγουσα και την εταιρεία Δουλγέρης εν αγνοία όμως της ενάγουσας. Ως προς την διακοπή της μεταξύ πρώτης εναγομένης και ενάγουσας σύμβασης διανομής ανταλλακτικών, λεκτέο, σύμφωνα και με τα αναγραφόμενα στην πρώτη νομική σκέψη της παρούσης, ότι η ανωτέρω σύμβαση λύεται οποτεδήποτε χωρίς την τήρηση προθεσμίας και την επίκληση λόγου καταγγελίας και δεν είναι ποτέ άκυρη και αν ακόμη είναι καταχρηστική [οπότε χορηγεί στον εντολοδόχο μόνο το δικαίωμα να ζητήσει

αποκατάσταση κάθε θετικής ή αποθετικής ζημίας που υπέστη από την καταγγελία] και δεν ασκείται εναντίον των χρηστών ηθών όταν η λύση δεν είναι άσχετη προς το καλώς εννοούμενο συμφέρον της πρώτης εναγομένης, όπως αυτό κρίθηκε από την ανωτέρω, θέλοντας να καταστήσει τη δεύτερα εναγομένη αποκλειστική στην Ελλάδα διανομέα των μηχανημάτων της και αποκλειστική διανομέα των ανταλλακτικών αυτών. Επίσης στο πλαίσιο της επιχειρηματικής της τακτικής η πρώτη εναγομένη δεν κατήργησε ακύρωσ την ιδιότητα της δεύτερας εναγομένης ως αποκλειστικής συντηρήτριας των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στη Νότια Ελλάδα. ... Τα προς διερεύνηση θέματα στην προκειμένη περίπτωση, όπως αυτά προσδιορίζονται με την υπό κρίση πρώτη αγωγή και μεταβιβάστηκαν στο παρόν Δικαστήριο με σχετικούς λόγους έφεσης είναι α) αν αντίκειται στις ανωτέρω διατάξεις το δυνάμει της προαναφερθείσης σύμβασης δικαίωμα της πρώτης εναγομένης να καθορίζει στο πλαίσιο της επιχειρηματικής της ελευθερίας τη δεύτερα εναγομένη τόσο ως αποκλειστική στην Ελλάδα διανομέα των ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που παράγει η πρώτη εναγομένη όσο και ως αποκλειστική συντηρήτρια αυτών, β) αν οι συμφωνηθέντες όροι της μεταξύ των εναγομένων σύμβασης είναι άκυροι. Κατ' αρχήν το δικαίωμα επιλογής των προσώπων για την συντήρηση των μηχανημάτων που συνέχεται με την αγορά των ανταλλακτικών, έχει ως απώτερο σκοπό όπως είναι και ο γενικός στόχος των ανωτέρω διατάξεων, την προώθηση της ευημερίας των τελικών καταναλωτών – θεραπευτικών ιδρυμάτων, οι οποίοι πρωτίστως ενδιαφέρονται για την υγεία των ασθενών τους, η οποία επιτυγχάνεται με την ασφαλή συντήρηση των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης υπό την εποπτεία της παραγωγού εταιρείας αυτών με γνήσια ανταλλακτικά αυτής. Επίσης η ανωτέρω συμφωνία των εναγομένων πλέον του ότι δεν έχει δυσμενείς, αλλά ευμενείς επιπτώσεις, στην ποιότητα των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, δεν απεδείχθη ότι έχει δυσμενείς επιπτώσεις στην άλλη ενδιαφέρουσα στην προκειμένη περίπτωση παράμετρο του ανταγωνισμού, ήτοι στην τιμή αγοράς, καθ' όσον δεν απεδείχθη η τυχόν διαφοροποίηση αυτής μεταξύ της παρεχόμενης από την δεύτερα εναγομένη και της τυχόν παρεχόμενης από την ενάγουσα, οπότε δεν απεδείχθη αν η ένδικη συμφωνία επηρεάζει τον πραγματικό ή δυνητικό ανταγωνισμό σε τέτοιο βαθμό, ώστε να παρίσταται εύλογα πιθανή η εμφάνιση αρνητικών συνεπειών στη σχετική αγορά ως προς τις τιμές των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών συντήρησης. ... Με βάση την μη απόδειξη της ύπαρξης αισθητών σημαντικών επιπτώσεων στην τιμή ως παράμετρο του ανταγωνισμού, κρίνεται ότι η ανωτέρω συμφωνία των εναγομένων δεν είναι ανταγωνιστική κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 101 ΣΛΕΕ και 1 του ν. 3959/2011. Εξάλλου προς επίρρωση των ανωτέρω σημειώνεται ότι η ανωτέρω μεταξύ των εναγομένων σύμβαση κατά το μέρος που με αυτή ορίζεται η Δεύτερα εναγομένη αποκλειστική στην Ελλάδα διανομέας των ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που παράγει η πρώτη και αποκλειστική συντηρήτρια αυτών είναι όμοια κατά περιεχόμενο με την προϋπάρχουσα σύμβαση αποκλειστικής διανομής ανταλλακτικών που είχε καταρτίσει ατύπως η ενάγουσα με την πρώτη εναγομένη, γεγονός το οποίο δεν επιφέρει καμμία σημαντική μεταβολή στη δομή της αγοράς, ούτε περιορίζει αισθητά την οικονομική ελευθερία της ενάγουσας για τη συμμετοχή της (πρόσβαση) στη συγκεκριμένη αγορά της παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων CAMBRO. Επίσης η ανωτέρω συμφωνία δεν αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 1 του Ν 146/1914, καθ' όσον δεν απεδείχθη ότι η κατάρτιση της μεταξύ των εναγομένων σύμβασης έγινε με σκοπό τον ανταγωνισμό της ενάγουσας και την εκτόπισή της από τη δραστηριότητα της, εφόσον αυτή και μετά την κατάρτιση της συμβάσεως αυτής παρέμενε ως ανεξάρτητη πλέον πάροχος υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των ως άνω μηχανημάτων, αφετέρου οριζόταν ως υπεργολάβος της δεύτερας εναγομένης εφόσον προτίθετο να καταρτίσει μια τέτοια σύμβαση με την τελευταία. **Επομένως το Πρωτοβάθμιο, το οποίο έκρινε τα ανωτέρω, έστω και με ελλείψεις και εν μέρει εσφαλμένες αιτιολογίες, οι οποίες αντιστοίχως προστίθενται και αντικαθίστανται με την παρούσα ..., ορθώς κατ'**

αποτέλεσμα ερμήνευσε και εφάρμοσε τον νόμο και εκτίμησε τις αποδείξεις κρίνοντας 1) ότι δεν είναι άκυρη η συμφωνία των εναγομένων α) με την οποία η δευτέρα εναγομένη ορίζεται από την πρώτη αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με το σήμα GAMBRO και αποκλειστικός πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων αυτών στην Ελλάδα, β) με την οποία η δευτέρα εναγομένη έχει την διακριτική ευχέρεια διορισμού υπεργολάβων για την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με το σήμα GAMBRO στην ελληνική αγορά, μετά από έγκριση του διορισμού της από την πρώτη, ενώ πρέπει να σημειωθεί εδώ ότι στις επικαλούμενες και προσκομιζόμενες από τις εναγόμενες αποσπασματικές μεταφράσεις της μεταξύ αυτών καταρτισθείσας σύμβασης διανομής ... δεν διαλαμβάνονται οι επικαλούμενοι με την αγωγή όροι (με στοιχεία γ, δ και ε) των οποίων ζητείται ν' αναγνωριστεί η απόλυτη ακυρότητα με την πρώτη αγωγή, όπως α) ότι αποκλείεται πλήρως η πώληση ανταλλακτικών εκ μέρους της πρώτης σε ανεξάρτητους παρόχους υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με το σήμα GAMBRO στην ελληνική αγορά, β) ότι οι αναγκαίες για τους διαγωνισμούς δημοσίων νοσοκομείων βεβαιώσεις της πρώτης εναγομένης περί προμήθειας ανταλλακτικών και πιστοποιητικού επισκευαστή, χορηγούνται μόνο από τη δεύτερη [αποκλειστική πάροχο] και στους από αυτή οριζόμενους υπεργολάβους, κ.λ.π.

2) κρίνοντας επίσης ότι δεν υποχρεούται η πρώτη εναγομένη να πωλεί στην ενάγουσα ανταλλακτικά και να της χορηγεί βεβαιώσεις εξουσιοδοτημένης παρόχου και δεν υποχρέωσε α) την πρώτη εναγομένη να χορηγήσει στην ενάγουσα τις αναγκαίες για τη συμμετοχή της σε διαγωνισμούς βεβαιώσεις προμήθειας ανταλλακτικών από αυτή που θα πιστοποιούσαν ότι αυτή [ενάγουσα] ήταν εξουσιοδοτημένος – πιστοποιημένος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων GAMBRO, σε ετήσια βάση και για το χρονικό διάστημα από 1.1.2012-31.12.2015, άλλως επικουρικά για κάθε διαγωνισμό, που θα προκηρυχθεί εντός του ανωτέρω χρονικού διαστήματος και δεν υποχρέωσε τη δεύτερη εναγομένη να συμπράξει σχετικά και να απέχει από κάθε ενέργεια που θα παρεμπόδιζε την χορήγηση των ανωτέρω βεβαιώσεων με την απαγγελία σε βάρος εκάστης των εναγομένων χρηματικής ποινής ... Μετά ταύτα οι περί του αντιθέτου 1, 2, 3, 5, 6, λόγοι της πρώτης εκ των συνεκδικαζόμενων εφέσεων με τους οποίους η εκκαλούσα παραπονείται για εσφαλμένη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 101 ΣΛΕΕ, 1 του ν 3959/2011 και 1 του ν 146/1914 και πλημμελή εκτίμηση των αποδείξεων ως προς τα αγωγικά αιτήματα της αναγνώρισης της ακυρότητας της καταρτισθείσας μεταξύ των εναγομένων σύμβασης και της υποχρέωσης των εναγομένων στα ανωτέρω κρίνονται απορριπτέοι ως ουσιαστικά αβάσιμοι. Περαιτέρω σημειώνεται ότι στην αποσπασματική σε μετάφραση ένδικη σύμβαση δεν υπάρχει όρος που να απαγορεύει στη δευτέρα εναγομένη να πωλεί ανταλλακτικά σε ανεξάρτητους παρόχους υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ελληνική αγορά, του σχετικού υπό στοιχείο γ αιτήματος της αγωγής και του σχετικού περί τούτου 13 του λόγου έφεσης απορριπτομένου ως ουσιαστικά αβάσιμου. Με τον τέταρτο λόγο έφεσης η εκκαλούσα της πρώτης εκ των συνεκδικαζόμενων εφέσεων παραπονείται για τη σιωπηρή απόρριψη του υπό στοιχείο δ αγωγικού της αιτήματος σύμφωνα με το οποίο κατά την καταρτισθείσα μεταξύ των εναγομένων σύμβαση αποκλείεται από οποιοδήποτε πάροχο υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO στην ελληνική αγορά [είτε πρόκειται περί ανεξαρτήτου παρόχου, είτε έχοντος την ιδιότητα του υπεργολάβου της δεύτερης] η παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών από διανομείς των εν λόγω προϊόντων σε άλλες χώρες μέλη ή μη της ΕΕ ή από θυγατρικές του Ομίλου GAMBRO σε άλλες χώρες ή μέλη της ΕΕ. Ο ανωτέρω λόγος έφεσης είναι απορριπτέος ως ουσιαστικά αβάσιμος καθ' όσον η προαναφερθείσα απαγόρευση δεν εμπεριέχεται όπως σημειώνεται ανωτέρω στην προσκομιζόμενη από τις εναγόμενες σε αποσπασματικές μεταφράσεις σύμβαση των εναγομένων, πλέον του ότι η επικαλούμενη από την ενάγουσα σιωπηρή αρνητική στάση των θυγατρικών εταιρειών του ομίλου της μητρικής πρώτης εναγομένης εταιρείας να την προμηθεύουν με

ανταλλακτικά των παραγόμενων από την πρώτη εναγομένη μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, δεν είναι περιοριστική του ανταγωνισμού ... Η καταγγελία από την πρώτη εναγομένη των ανωτέρω συμβάσεων για τις οποίες τηρήθηκε η εύλογη προθεσμία, η οποία κατά πάγια θέση της νομολογίας δεν υπερβαίνει τους έξι μήνες, εφ' όσον από την αποστολή του εξωδίκου της καταγγελίας [11.8.2010] είχε προηγηθεί όχληση στις 18.3.2010, δεν συνιστά αδικαιολόγητη και αιφνίδια διακοπή αυτών κατά κατάχρηση δικαιώματος, ως υπερβαίνουσα προφανώς τα όρια και τους σκοπούς του άρθρου 281 του ΑΚ, λαμβανομένου υπ' όψιν και ότι δεν είναι δυνατή η διαιώνιση των συμβατικών σχέσεων στο διηνεκές. ... Εξάλλου δεν θεμελιώνεται κατάχρηση της σχέσης οικονομικής εξάρτησης από την πρώτη εναγομένη, καθ' όσον η ενάγουσα έχουσα μακροχρόνια εμπειρία και εξειδίκευση στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της πρώτης εναγομένης, αλλά και την απαιτούμενη τεχνογνωσία δύναται αφενός με να συνεχίσει να παρέχει τις ως άνω υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ως ανεξάρτητος πάροχος των υπηρεσιών αυτών, να στραφεί σε άλλες εναλλακτικές πηγές και ειδικότερα στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης σε κάποια από την πληθώρα των ομοειδών υψηλής ποιότητας και φήμης ανταγωνιστικών προς την καταγγέλλουσα εταιριών, χωρίς να υποστεί σοβαρές οικονομικές θυσίες. ... Μετά ταύτα ελλείποντος άλλου λόγου έφεσης προς εξέταση και λαμβανομένου υπόψη ότι τα σφάλματα της εκκαλούμενης απόφασης που προαναφέρθηκαν δεν επηρεάζουν την ορθότητα του διατακτικού της, η πρώτη εκ των συνεκδικαζόμενων εφέσεων πρέπει να απορριφθεί ως ουσιαστικά αβάσιμη, ...».

57. Σχετικά με την έφεση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ η απόφαση έκρινε τα εξής: «Στην προκειμένη περίπτωση απεδείχθη ότι παρά την ύπαρξη της επικαλούμενης από τις εναγόμενες μεταξύ τους συμφωνίας του Οκτωβρίου 2003, η ενάγουσα συνέχισε την συνεργασία της με τις εναγόμενες έως τις 13.6.2011, ενώ η συνεργασία τους διεκόπη τον Ιούλιο του 2011, όταν η εταιρεία Gambro αρνήθηκε να εκπληρώσει τις αιτηθείσες παραγγελίες της σε ανταλλακτικά. Ακολούθως η ενάγουσα άρχισε να δραστηριοποιείται στην σχετική αγορά συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού Gambro ως ανεξάρτητη πάροχος στο πλαίσιο των εκκρεμών με τα Νοσοκομεία και τις κλινικές συμβάσεων συντήρησης των μηχανημάτων αγοράζοντας ανταλλακτικά από τη δευτέρα εναγομένη. Η τελευταία με το από 15.12.2011 εξώδικο που κοινοποίησε στην ενάγουσα, της δήλωσε ότι θα εκτελούσε μόνο τις σχετικές παραγγελίες σε ανταλλακτικά που αφορούσαν εκκρεμείς συμβάσεις και μόνο εφόσον στο κείμενο της κάθε μιας παραγγελίας αναφερόταν μεταξύ άλλων η εκκρεμής σύμβαση στην οποία αφορούσε καθώς και η ανάγκη που η κάθε παραγγελία θα κάλυπτε. Η εναγομένη αρνήθηκε αδικαιολόγητα να εκτελέσει τις αιτούμενες από την ενάγουσα υπ' αρ. 319/2012 και 322/5.3.2012 παραγγελίες για αγορά ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της Gambro. Η εκ μέρους της δεύτερης εναγομένης ως μόνης πλέον αποκλειστικής διανομέως ανταλλακτικών στην Ελλάδα της εταιρείας Gambro – άρνηση πώλησης των ανταλλακτικών προς την ενάγουσα, η οποία είναι ανταγωνίστρια της ως προς την παροχή υπηρεσιών συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO, συμμετέχοντας όπως και η ενάγουσα στους σχετικούς διαγωνισμούς συνιστά αθέμιτη πρακτική, η οποία καταδεικνύει την πρόθεση της εναγομένης να ενισχύσει την ίδια, και μετά ταύτα η ανωτέρω συμπεριφορά η οποία γίνεται με σκοπό ανταγωνισμού της ενάγουσας οδηγεί στον εκτοπισμό της τελευταίας από την Ελληνική αγορά και εμπίπτει στην έννοια της διάταξης του άρθρου 1 του ν 146/1914. Επίσης η εκ μέρους της δευτέρας εναγομένης άρνηση διάθεσης στην ενάγουσα των απαραίτητων ανταλλακτικών με το σήμα Gambro για την συντήρηση των μηχανημάτων αυτών, απεδείχθη ότι έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι αποτρέπει την δημιουργία ανταγωνιστικών συνθηκών στη συγκεκριμένη αγορά και εμπίπτει στην έννοια της παρ. 1 του άρθρου 1 και του άρθρου 2 του Ν 703/1977, όπως αντικαταστάθηκε με το ν. 3959/2011, σύμφωνα και με τα αναγραφόμενα στην τρίτη νομική σκέψη της παρούσης.

Εξάλλου η δευτέρα εναγομένη ως αποκλειστική προμηθεύτρια των ανταλλακτικών με το σήμα Gambro, έχει δεσπόζουσα θέση στη συγκεκριμένη αγορά της Ελλάδας [και δη μονοπωλιακή] και η άρνηση της να πωλήσει ανταλλακτικά στην ενάγουσα ως ανεξάρτητο πάροχο συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της, και θέτει την ενάγουσα σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό. Επομένως η δευτέρα συνεκδικαζόμενη αγωγή πρέπει να γίνει δεκτή ως ουσιαστικά βάσιμη και να αναγνωρισθεί ότι η από τη δευτέρα εναγομένη προς την ενάγουσα άρνηση πώλησης ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της Gambro συνιστά αθέμιτη και ανταγωνιστική πρακτική, να υποχρεωθεί η εναγομένη να εκτελεί τις παραγγελίες σε ανταλλακτικά που προορίζονται για επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού Gambro, και να παραλείπει στο μέλλον να αρνείται την πώληση και την εκτέλεση των σχετικών παραγγελιών με την απαγγελία σε βάρος της χρηματικής ποινής 30.000 ευρώ. Μετά ταύτα κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και εκτίμηση των αποδείξεων το Πρωτοβάθμιο Δικαστήριο δέχθηκε ως ουσιαστικά βάσιμη την ανωτέρω αγωγή και η υπό κρίση δευτέρα έφεση πρέπει να απορριφθεί».

58. Τον Μάρτιο του 2016, η ΣΕΡΚΟ άσκησε εναντίον της ΜΠΑΞΤΕΡ ενόπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών αίτηση ασφαλιστικών μέτρων⁷⁵. Με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ, η ΣΕΡΚΟ ζητά να υποχρεωθεί η καθής να εκτελεί τις απευθυνόμενες σε αυτήν ανά μήνα παραγγελίες ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού Gambro και να της παραδίδει τα αναφερόμενα στις παραγγελίες αυτές ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO συνολικής αξίας τουλάχιστον 15.000 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ) σύμφωνα με τον τιμοκατάλογο χονδρικής (τιμοκατάλογο που οφείλει να διαθέτει σε κάθε ενδιαφερόμενο αγοραστή πάροχο υπηρεσιών συντήρησης, όπως η ΣΕΡΚΟ) και όχι λιανικής (που εφαρμόζει στα νοσοκομεία) και χωρίς να θέτει αυθαίρετους και διακριτικούς όρους, από την επίδοση της παρούσας αίτησης και εφεξής κα μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κύριας αγωγής της.
59. Παράλληλα αιτήθηκε και την χορήγηση προσωρινής διαταγής, για την εκτέλεση των υπ' αριθ. 353/7.1.2016 και 355/10.03.2016 παραγγελιών της σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, καθώς επίσης και κάθε άλλης παραγγελίας της σε ανταλλακτικά μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κύριας αίτησής της, το οποίο έγινε δεκτό⁷⁶. Δυνάμει της εν λόγω προσωρινής διαταγής, η ΜΠΑΞΤΕΡ ξεκίνησε να εκτελεί τις παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ σε τιμές όμως, όπως ισχυρίζεται η καταγγέλλουσα, λιανικής και όχι χονδρικής. Η προσωρινή διαταγή διατηρήθηκε σε ισχύ μέχρι την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως της ΣΕΡΚΟ.
60. Στις 13.03.2017, με την υπ' αριθ. 2153/2017 απόφασή του, το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών απέρριψε την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ ως νομικά αβάσιμη, με το σκεπτικό ότι ήγε σε ικανοποίηση δικαιώματος. Ειδικότερα η απόφαση 2153/13.3.2017 έκρινε ότι «*Η αίτηση αυτή, ... είναι απορριπτέα ως μη νόμιμη ως προς αμφότερα τα ως άνω αιτήματα, διότι ...τα αιτήματα αυτά προσκρούουν στον απαγορευτικό κανόνα της διάταξης του άρθρου 692 παρ. 4 ΚΠολΔ, καθότι η αποδοχή τους θα οδηγούσε στην πλήρη ικανοποίηση του δικαιώματος του οποίου ζητείται η εξασφάλιση ή η διατήρηση, διότι: α) εν προκειμένω δεν υφίσταται σύμβαση μεταξύ της αιτούσας, και της καθής η αίτηση και των παρεμβαινουσών εταιριών, β) τα αιτήματα*

⁷⁵ Σχετικό 1 του υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ.

⁷⁶ Ειδικότερα, αναφέρει: «(..) να εκτελέσει τις αναφερόμενες στην κρινόμενη αίτηση, υπ' αριθ. 353/07-01-16 και 355/10-03-16 παραγγελίες ..., καθώς και κάθε άλλη παραγγελία σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO που η αιτούσα θα της απευθίνει, σύμφωνα με τον τιμοκατάλογο χονδρικής και όχι λιανικής και χωρίς να θέτει διακριτικούς όρους, σύμφωνα και με τα ειδικότερα αιτούμενα στο αιτητικό της κρινόμενης αίτησης ως προς το αίτημα χορήγησης προσωρινής διαταγής. Όλα τα ανωτέρω μέχρι τη συζήτηση της ένδικης αίτησης και με τον όρο συζήτησής της κατά την ορισθείσα δικάσιμο».

αυτά ταυτίζονται με το αντικείμενο της οριστικής δικαστικής προστασίας και δεν διαφέρουν ούτε υπολείπονται από αυτό και γ) δεν πιθανολογείται κίνδυνος σημαντικής προσβολής της αξίας του ανθρώπου. Με την αποδοχή τους δε, θα δημιουργούντο αμετάκλητες καταστάσεις, που δεν θα μπορούσαν κατά τα προεκτεθέντα στη μείχωνα σκέψη της παρούσας να ανατραπούν σε περίπτωση που διαγιγνώσκετο στην κύρια δίκη, με ισχύ δεδικασμένου, η ανυπαρξία του δικαιώματος της αιτούσας που εξασφαλίστηκε με τα ως άνω αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα αφού η καθής θα είχε εκπληρώσει πλήρως ανύπαρκτη υποχρέωσή της, τα δε παραδοθέντα στην αιτούσα σε εκτέλεση της εκδοθησομένης απόφασης, συγκεκριμένα υλικά θα είχαν αναλωθεί. Ως εκ τούτου, η αίτηση πρέπει να απορριφθεί ως νομικά αβάσιμη ...».

61. Με νέα αίτηση ασφαλιστικών, η ΣΕΡΚΟ ζήτησε να ανακληθεί η υπ' αριθ. 2153/2017 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, ώστε αφού γίνει δεκτή η αίτηση, να διαταχθούν τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα. Επί της νέας αίτησης ασφαλιστικών εκδόθηκε η υπ' αριθ. 176/2017 Απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών η οποία κατέληξε στα εξής: «Πιθανολογείται, όμως, ότι αβάσιμα η καθ' ής [ΜΠΑΞΤΕΡ] προβάλλει τα ως άνω περιστατικά [ότι δηλαδή η άρνησή της να πωλήσει ανταλλακτικά στην αιτούσα, ακόμα και εάν υποτεθεί ότι η ίδια κατέχει δεσπόζουσα θέση είναι δικαιολογημένη καθώς η εμφανιζόμενη ως εξαρτώμενη αιτούσα δεν εκτελεί προσηκόντως τις υποχρεώσεις της] ως θεμελιωτικά όχι μόνο καθεαυτής της άρνησής της για πώληση ανταλλακτικών στην αιτούσα, αλλά και της υιοθέτησης του καθετοποιημένου συστήματος ευρύτερα, πρωτίστως γιατί από την επισκόπηση του σημειώματος που κατέθεσε στο Μονομελές Πρωτοδικείο κατά τη συζήτηση της κρινόμενης αίτησης ... προκύπτει ότι ουδόλως είχε επικαλεσθεί τότε πλημμέλειές της κατά την παροχή των υπηρεσιών service των μηχανημάτων Gambro ... Ανεξαρτήτως, όμως, αυτών και επί της ουσίας των αιτιάσεων σημειώνεται ότι, «πλημμέλειες» της αιτούσας προκύπτουν μόνο από στοιχεία που προέρχονται από την ίδια την επικαλούμενη καθ' ής, κι όχι από τρίτες προς τους διαδίκους πηγές, ενώ ταυτόχρονα διαπιστώνονται περιπτώσεις διαγωνισμών Δημόσιων Νοσοκομείων ... όπου, οι σχετικές προσφορές της καθ' ής απορρίφθηκαν για λόγους που αφορούσαν το κεφάλαιο των τεχνικών προδιαγραφών (ελλιπή πιστοποιητικά εκπαίδευσης τεχνικού προσωπικού και εμπειρίας συντηρητή, μη κατάθεση πιστοποιητικών ISO, αμφίβολη επάρκεια ανταλλακτικών), ενώ αντίστοιχα εγκρίθηκαν αυτές της αιτούσας (προσκομίζονται από την ίδια σχετικά πρακτικά και αποφάσεις Διοικητών). ... Πιθανολογείται, κατόπιν τούτων, ότι η καθ' ής αδικαιολόγητα αρνείται την πώληση ανταλλακτικών στην αιτούσα με στόχο να την εκτοπίσει από την παροχή υπηρεσιών συντήρησης των μηχανημάτων Gambro, περιορίζοντας προς όφελός της τον ανταγωνισμό και καταλήγοντας η ίδια μόνη πάροχος των σχετικών υπηρεσιών, πρακτική αθέμιτη και ανταγωνιστική.» Στη συνέχεια η απόφαση κάνει αναφορά στην υπ' αριθ. 2041/2016 απόφαση του ΔΕΦΑΘ και αναφέρει ότι «Παρότι δεν απορρέει οποιαδήποτε δέσμευση από τις κρίσεις αυτές στην προκείμενη υπόθεση, είναι γεγονός ότι τόσο τα πραγματικά περιστατικά, όσο και οι νομικές διατάξεις στις οποίες αυτά υπήχθησαν βρίσκουν απόλυτη εφαρμογή σε αυτή, δεδομένου ότι πλέον είναι η νυν καθ' ής αυτή που έχει την μονοπωλιακή διάθεση των γνήσιων ανταλλακτικών Gambro στην ελληνική αγορά, η δε αιτούσα ειδικεύεται στο service των συγκεκριμένων μηχανημάτων και μόνο, και η άρνηση της καθ' ής να εκτελεί τις παραγγελίες της, ουσιαστικά της στερεί τον λόγο ύπαρξης, γεγονός το οποίο επιβεβαίωσε και ο μάρτυρας της αντιδίκου της στο ακροατήριο ... Ως εκ τούτου πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση, ως ουσιαστικά βάσιμη και αφού ανακληθεί η υπ' αριθ. 2153/2017 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών ..., να διαταχθούν τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα, να υποχρεωθεί προσωρινά η καθ' ής να εκτελεί τις παραγγελίες ανταλλακτικών που θα απευθύνει η αιτούσα, εφαρμόζοντας τις τιμές χονδρικής πώλησης και χωρίς να θέτει

διακριτικούς όρους, προσωρινά και έως την έκδοση απόφασης επί της από 23.3.2017 ... κύριας αγωγής ...».

ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΣΧΕΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ⁷⁷

Γενικά

62. Η παρούσα υπόθεση αφορά την αγορά της εξωνεφρικής κάθαρσης του αίματος. Για την αντιμετώπιση της νεφρικής ανεπάρκειας γίνεται χρήση μηχανήματος εξωνεφρικής κάθαρσης του αίματος (μηχάνημα τεχνητού νεφρού) όπως και χρήση μίας σειράς από αναλώσιμα (π.χ. φίλτρα, φύσιγγες, γραμμές). Κατά τη διάρκεια του κύκλου ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού πραγματοποιείται συστηματική συντήρηση, βάσει προδιαγραφών του κατασκευαστικού οίκου. Τόσο κατά τη συντήρηση των μηχανημάτων όσο και κατά την επισκευή ενδεχόμενης βλάβης, συχνή είναι η αντικατάσταση εξαρτημάτων και η χρήση ανταλλακτικών τους.
63. Η χρόνια νεφρική νόσος και ειδικότερα το τελικό στάδιο αυτής, αποτελεί σημαντικό πρόβλημα υγείας στις αναπτυγμένες κοινωνίες με συνεχώς αυξανόμενο το ποσοστό των ασθενών. Η οξεία νεφρική ανεπάρκεια είναι η κατάσταση, στην οποία τα νεφρά σταματούν ξαφνικά να λειτουργούν. Όταν η νεφρική λειτουργία μειωθεί σημαντικά ή σταματήσει, ο ασθενής χρειάζεται άμεση υποστήριξη της νεφρικής λειτουργίας (εκτός εάν μπορεί να προβεί σε μεταμόσχευση νεφρού), με αιμοκάθαρση ή περιτοναϊκή κάθαρση. Δύο τύποι ασθενών απαιτούν τέτοιες θεραπείες: (i) χρόνιοι ασθενείς στο τελικό-στάδιο της νεφρικής νόσου και (ii) ασθενείς που αντιμετωπίζουν ένα ξαφνικό (acute) πρόβλημα νεφρικής ανεπάρκειας.

Δομή και χαρακτηριστικά της αγοράς τεχνητού νεφρού

Προσφορά συστημάτων τεχνητού νεφρού

64. Οι κυριότεροι ανταγωνιστές των μηχανημάτων σήματος Gambro, είναι οι Fresenius (μέσω της εταιρίας MEDIPRIME), Nikisso (μέσω της εταιρίας ARITI), B/Braun (μέσω της εταιρίας PAROFIL και στη συνέχεια της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ) και Bellco (μέσω της εταιρίας DEMO) (εφεξής κύριες ή σημαντικότερες εταιρίες του κλάδου).
65. Η συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι εξειδικευμένη υπηρεσία και κατά κανόνα ανατίθεται από την επιχείρηση παραγωγής, εμπορίας ή διανομής των μηχανημάτων του κάθε οίκου σε μία επιχείρηση στην κάθε χώρα⁷⁸, η οποία είναι θυγατρική της κατασκευάστριας του μηχανήματος ή συνεργάτης αυτής ή του αντιπροσώπου της στην εκάστοτε χώρα. Στην περίπτωση των σημαντικότερων οίκων κατασκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού οι εταιρίες διανομής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού (συνήθως αποκλειστικοί αντιπρόσωποι ή θυγατρικές των ομώνυμων οίκων) εμπορεύονται και τα ανταλλακτικά⁷⁹ αυτών και είναι πλήρως καθετοποιημένες παρέχοντας και τις υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης των εν λόγω μηχανημάτων. Όπως προκύπτει από τις συμβάσεις διανομής που αναλυτικά παρατίθενται στο Παράρτημα Δ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης, οι εταιρίες Fresenius, Nikisso και Bellco έχουν συμβάσεις [...] διανομής προϊόντων και παροχής υπηρεσιών συντήρησης με τους αντιπροσώπους τους στην Ελλάδα. Συντήρηση των μηχανημάτων δύναται να

⁷⁷ Βλ. σχετικά και Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (97/C 372/03).

⁷⁸ Βλ. μελέτη ANALYSIS, προσκομισθείσα από τη ΣΕΠΚΟ.

⁷⁹ Σύμφωνα με τις εταιρίες διανομής των μηχανημάτων τα οποία επιβεβαιώνονται και από τις απαντήσεις των νοσοκομείων.

πραγματοποιούν [...]. Σε κάποιες συμβάσεις προβλέπεται [...]. Και στις τρεις συμβάσεις προβλέπεται ρήτρα εποπτείας της αγοράς (market vigilance, market surveillance). Οι [...] αντιπρόσωποι οφείλουν να έχουν τέτοιες δομές [...].

66. Διακριτή περίπτωση αποτελεί η περίπτωση της GAMBRO, όπου εκτός από τον αποκλειστικά εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο για την επισκευή και την συντήρηση, ήτοι την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, υπάρχουν και ανεξάρτητοι επισκευαστές. Ειδικότερα, σε δημόσιους διαγωνισμούς εντοπίζονται οι εταιρίες ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ⁸⁰, ενώ στις ιδιωτικές κλινικές δραστηριοποιούνται για το σήμα GAMBRO και άλλοι ανεξάρτητοι επισκευαστές, όπως επιβεβαιώθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ⁸¹.
67. Όπως αναφέρει και η ΜΠΑΞΤΕΡ⁸² «στην ελληνική αγορά ίσχυε ανέκαθεν ένα πλήρως καθετοποιημένο μοντέλο οργάνωσης, στο πλαίσιο του οποίου οι υπηρεσίες παροχής συντήρησης - ανταλλακτικών παρέχονται από τον ίδιο τον διανομέα των ιατρικών μηχανημάτων του κατασκευαστικού οίκου, ο οποίος είναι ενταγμένος στο μοντέλο οργάνωσης του και ποτέ από τρίτους ανεξάρτητους παρόχους. Το μοντέλο αυτό καθετοποιήθηκε, εφαρμόζεται από όλους τους ανταγωνιστές μας κατασκευαστικούς οίκους ανεξαιρέτως...»⁸³.
68. Βάσει της υπ' αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ. 130648, Περί Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων Απόφασης⁸⁴, προκύπτει ότι σε Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα κατηγορίας Ιβ, στα οποία

⁸⁰ Πρόκειται κατ' ακρίβεια για πρώην εξουσιοδοτημένους. Βλ. τοποθέτηση συνηγόρου Κλεισούρα στο ΠΡΑΚΤΙΚΟ Συνεδρίασης 14¹⁵ της 12.02.2019, σελ. 76 («Άλλη εταιρία εξυπηρετούσε όντας εγγύς στη Β. Ελλάδα η «Δουλγκέρης», άλλη εταιρία εξυπηρετούσε τη Ν. Ελλάδα όντας εγγύτερα η «ΣΕΡΚΟ»»). Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ Συνεδρίασης 18¹⁵, της 21.02.2019, σελ. 25-26] («[...] Και τουλάχιστον, αν μου επιτρέπετε κιόλας, για τη... τη δική μας την εταιρία θεωρώ ότι τόσα χρόνια ως επίσημο συνεργείο, αφού μας εμπιστευότανε ο κατασκευαστικός οίκος, δεν μπορεί ξαφνικά τώρα να ξεχάσαμε αυτά που ξέρουμε. Συνεχίζουμε και τα κάνουμε.»). Βλ. και κατάθεση του ίδιου [ΠΡΑΚΤΙΚΟ Συνεδρίασης 18¹⁵, ό.π., σελ. 11] («Α. ΝΑΚΟΥ: Ως εξειδικευμένος, ανεξάρτητος όμως, επισκευαστής μπορείτε να παρέχετε τις υπηρεσίες σας σε νοσοκομεία... [...]: Μάλιστα.»).

⁸¹ Για τη σημασία της ύπαρξης ανεξάρτητων επισκευαστών αναφορικά με τη συντήρηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων, βλ. και Έκθεση FDA σχετικά με την Ποιότητα, την Ασφάλεια και την Αποτελεσματικότητα της Συντήρησης Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων Σύμφωνα με το άρθρο 710 του Νόμου περί Εξουσιοδότησης εκ Νέου της Αρχής Τροφίμων και Φαρμάκων των ΗΠΑ (FDA) ΤΟΥ 2017 (FDARA).

⁸² Υπ' αριθ. πρωτ. 5123/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

⁸³ Σχετικά με το εν λόγω θέμα η εταιρία ΜΠΑΞΤΕΡ στην υπ' αριθ. πρωτ. 2846/07.05.2018 επιστολή της ισχυρίστηκε ότι εξαιτίας της σχέσης μεταξύ ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΣΕΡΚΟ στην ουσία δημιουργήθηκε μία «στρέβλωση στην αγορά»: «Η στρέβλωση αυτή έγκειται ακριβώς στο ότι το πρόσωπο του διανομέα των μηχανημάτων διαφοροποιείται από το πρόσωπο του παρέχοντος υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής. Η διαφοροποίηση αυτή οφείλεται ακριβώς στην κοινότητα των εταιρικών συμφερόντων μεταξύ των ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ και ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ και σε σκοπιμότητες που έχουν να κάνουν με την κοινότητα αυτή. Επ' ουδενί ωστόσο δεν αποδίδει τον ορθό τρόπο λειτουργίας της οικείας αγοράς.

Και η στρέβλωση αυτή ωστόσο ήταν σχετική, υπό την έννοια ότι η εταιρία ΣΕΡΚΟ παρείχε ως εξουσιοδοτημένος και όχι ως ανεξάρτητος πάροχος υπηρεσίες συντήρησης, όταν ήταν εν ταυτώ και αποκλειστικός διανομέας των οικείων ανταλλακτικών. Ουδέποτε λοιπόν, ούτε καν η καταγγέλλουσα εταιρία, δεν λειτούργησε ως ανεξάρτητος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης».

⁸⁴ «Η οποία είναι εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ «περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων», όπως τροποποιήθηκε από τις οδηγίες 98/79/ΕΚ, 2000/70/ΕΚ), 2001/104/ΕΚ, 2007/147/ΕΚ και τον Κανονισμό (ΕΚ) υπ' αριθμ. 1882/2003, και ειδικότερα:

α) του άρθρου 9 το οποίο αναφέρει την κατάταξη των Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων στις κατηγορίες Ι, Ια, Ιβ και ΙΙΙ, τα Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού ορίζονται ως ενεργά Θεραπευτικά Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα και Βάση της παραγράφου ΙΙΙ, κατατάσσονται στην κατηγορία Ιβ,

β) του άρθρου 14 (της ίδιας οδηγίας) παρ. 1 και 3Β, ...ο εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος ενεργεί μέσα στα όρια της εξουσίας αντιπροσώπευσης υπέρ και κατά του αντιπροσωπευόμενου... και **Ο**

εμπίπτουν τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού, ο Κατασκευαστής και ο Εξουσιοδοτημένος Αντιπρόσωπός του εντάσσονται στους υπόλογους και υπεύθυνους για την διατήρηση σε λειτουργία τους και για την τήρηση των προβλεπόμενων όρων της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ⁸⁵.

69. Σχετικά με τα κριτήρια και τις τεχνικές προδιαγραφές για διαγωνισμούς και συμβάσεις συντήρησης Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων που εμπίπτουν στις κατηγορίες Πα, ΠΒ και ΠΙ, βάσει της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13 (Απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)⁸⁶ και του Ν.4412⁸⁷, θα πρέπει να

εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος ευθύνεται για τα Προϊόντα πλήρως, αυτοτελώς και παράλληλα με τον κατασκευαστή, έναντι των Αρχών και οποιoσδήποτε τρίτου, υπέχει αστική και ποινική ευθύνη και υπόκειται στις διοικητικές κυρώσεις και τα διοικητικά μέτρα... και

γ) Βάση του Παραρτήματος ΙΙ, παρ.3, 3.1, δέσμευση του κατασκευαστή ότι θα καθιερώσει και θα επικαιροποιεί συστηματική διαδικασία για την ανασκόπηση της πείρας που θα αποκτηθεί από τα προϊόντα μετά την παραγωγή, και ότι θα χρησιμοποιεί τα κατάλληλα μέσα για να εφαρμόζει όλα τα απαραίτητα διορθωτικά μέτρα.». Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 1912/22.03.2018 διαβίβαση της υπ' αριθ. ΔΟ/762/9.3.2018 Έκθεσης Ελέγχου του ΣΕΥΥ (Εμφαση της Έκθεσης).

⁸⁵ Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 1912/22.03.2018 διαβίβαση της υπ' αριθ. ΔΟ/762/9.3.2018 Έκθεσης Ελέγχου του ΣΕΥΥΠ.

⁸⁶ Οδηγία 13, Ενот. ΙΙ, παρ. 3, «...Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις ώστε να εξασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους καθώς και την εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.». Ενот. ΙΙ, παρ.4 «...ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/ αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 της Οδηγίας 2004/ 18/ΕΚ (άρθρα 45 και 46 του π.δ. 60/2007), καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (άρθρο 44 παρ. της Οδηγίας 2004/ 18/ΕΚ και άρθρο 42 παρ. 2 του π.δ. 60/2007). Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του...» και ακολούθως «...Γενικότερα, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να καθορίζει με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που κρίνει αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης και τα αποδεικτικά μέσα από τα οποία αυτό προκύπτει [έμφαση από την ΕΑ]...». Ενот. ΙV, παρ. 5 «...Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι πληροφορίες που ζητούνται με το άρθρο 48 και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό...» και «...Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Η δε έλλειψη τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα...». Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 1912/22.03.2018 διαβίβαση της υπ' αριθ. ΔΟ/762/9.3.2018 Έκθεσης Ελέγχου του ΣΕΥΥΠ.

⁸⁷ Ν. 4412/2016, στο άρθρο 75, παρ.4 «...Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη

εξασφαλίζεται από τις αναθέτουσες αρχές ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους, καθώς και την εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, καθόσον οποιαδήποτε παράτυπη επέμβαση σε Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα κατηγορίας Ια, ΙΒ και ΙΙ, ακυρώνει την σήμανση συμμόρφωσης (CE) του Κατασκευαστή. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, να ζητήσουν πιστοποιητικά και να διενεργήσουν ελέγχους σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει, καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας⁸⁸.

σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνύόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.», παρ. 5: «...Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος...». ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ, Μέρος ΙΙ: Τεχνική Ικανότητα, παρ. ε) και ια) ii, διευκρινίζει σχετικά με το άρθρο 75 του νόμου, ότι «...εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιο ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή, ή εξ' ονόματος της, ... ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει, καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας.» και «...ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές ή ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα.»

⁸⁸ Σχετικά αναφέρεται ότι σε διαγωνισμό που διεξήγαγε το Γενικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης «ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ» με την διακήρυξη 18/2014, η ΣΕΡΚΟ κατέθεσε αίτηση λήψης ασφαλιστικών μέτρων, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. 2/2015 απόφαση από το Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης. Συγκεκριμένα προέβαλλε ότι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών 2.4, 2.5 και 8.1 εδαφ. Β είναι μη νόμιμοι και είτε αποκλείουν τη συμμετοχή της (ο όρος 2.4) είτε καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της (οι όροι 2.5 και 8.1 εδαφ. β). Η εν λόγω απόφαση αναφέρει ότι «ο αναθέτων φορέας είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερος να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες του από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που ο φορέας κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από το προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ 415, 354/2014, 1140/2010 κ.α.). Ωστόσο, και στην περίπτωση αυτή ελέγχονται οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ ΕΑ 415/354/2014, 257/2010 κ.α.)». Στην παράγραφο 2.5 του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β των τεχνικών προδιαγραφών συντήρησης των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, η διακήρυξη ορίζει «στην προσφορά, με ποινή απόρριψης, θα πρέπει να περιλαμβάνεται βεβαίωση εξουσιοδότησης του συντηρητή από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη των προς συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού». Σύμφωνα με την απόφαση «η αιτούσα προέβαλε με την προδικαστική προσφυγή ότι ο ανωτέρω όρος παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, γιατί υπεροικονομεί το σκοπό του νομοθέτη που είναι η διασφάλιση της τεχνικής καταλληλότητας των υποψηφίων αναδόχων, περιορίζει τον ανταγωνισμό, διότι προϋποθέτει συμβατική σχέση μεταξύ της κατασκευάστριας εταιρίας και του συντηρητή και είναι αντίθετος με το άρθρο 46 του π.δ/τος 60/2007, στο οποίο απαριθμούνται περιοριστικά τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της τεχνική επάρκειας του

70. Όπως αναφέρει και το Γ.Ν.Α. Ευαγγελισμός: «*Εντός της εγγύησης καλής λειτουργίας εξουσιοδοτημένος από τον κατασκευαστικό οίκο συντηρητής πραγματοποιεί την διαδικασία συντήρησης και επισκευής. Μετά την εγγύηση καλής λειτουργίας, ανεξάρτητα τον τρόπο που παρέχεται, η συντήρηση (σύμβαση ή ανά κλήση) ανατίθεται σε εξουσιοδοτημένο από το κατασκευαστικό οίκο συντηρητή. Υπεύθυνος για την συντήρηση και επισκευή είναι ο εξουσιοδοτημένος συντηρητής που την παρέχει και κατ' επέκταση ο κατασκευαστικός οίκος που τον εξουσιοδότησε γιατί οφείλει να τον ελέγχει*».
71. Όλες οι εταιρίες κατασκευής μηχανημάτων, συμπεριλαμβανομένης και της εταιρίας GAMBRO, κατασκευάζουν οι ίδιες και τα ανταλλακτικά των μηχανημάτων τους. Αν και τα ανταλλακτικά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο (πατέντα)⁸⁹, αυτά είναι εξαιρετικά εξειδικευμένα και δεν υπάρχει η δυνατότητα υποκατάστασης του εξαρτήματος ενός μηχανήματος μίας επιχείρησης, από ένα εξάρτημα παραγωγής μιας άλλης εταιρίας ή ακόμα και άλλου μηχανήματος της ίδιας εταιρίας, λόγω διαφορών στα τεχνικά χαρακτηριστικά μεταξύ των μηχανημάτων. Τα ανταλλακτικά που προορίζονται για κάθε σήμα μηχανήματος, τα εμπορεύεται αποκλειστικά η κάθε εταιρία που παράγει και εμπορεύεται το συγκεκριμένο σήμα⁹⁰.
72. Τόσο οι διακηρύξεις των διαγωνισμών όσο και οι συμβάσεις συντήρησης που διενεργούνται από τα ελληνικά δημόσια νοσοκομεία απαιτούν τα ανταλλακτικά να είναι γνήσια και καινούργια. Αυτό δεν αμφισβητήθηκε από καμία από τις εμπλεκόμενες εταιρίες στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας.
73. Η αγορά ανταλλακτικών τεχνητού νεφρού, κατά τις καταγγελλόμενες εταιρίες, διέπεται από την νομοθεσία περί υλικοεπαγρύπνισης^{91,92}. Αυτό πάντως η ΕΑ εκτιμά

αναδόχου και σ' αυτά δεν περιλαμβάνεται η ανωτέρω απαιτούμενη εξουσιοδότηση. Ο σκοπός του ανωτέρω όρου, ενόψει της σπουδαιότητας των μηχανημάτων, των οποίων επιδιώκεται η συντήρηση και της ανάγκης προστασίας της δημόσιας υγείας είναι προδήλως να εξασφαλιστεί ότι αυτά, σε περίπτωση βλάβης, θα επισκευάζονται από όργανο που είναι εξουσιοδοτημένο από το κατασκευαστικό οίκο, προκειμένου να επιτυγχάνεται η αξιόπιστη και ασφαλής λειτουργία τους και η συνεχής ανταπόκρισή τους προς τις προδιαγραφές του. Με το περιεχόμενο αυτό ο εν λόγω όρος, ο οποίος εμπίπτει στο πλαίσιο των μέτρων του άρθρου 46 παρ. 2 εδαφ. γ του π.δ. 60/2007 που μπορεί να απαιτήσει η αναθέτουσα αρχή για τη διασφάλιση της ποιότητας των υπό ανάθεση υπηρεσιών, δεν φαίνεται ενόψει και όσων έγιναν δεκτά στην έκτη σκέψη, να αντίκειται σε κάποια διάταξη του εθνικού ή του ενωσιακού δικαίου, ούτε στις αρχές της αναλογικότητας και του ανταγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 1093/2006, σκέψη 10), όσα δε ανωτέρω προέβαλε η αιτούσα με την προδικαστική προσφυγή της και επαναλαμβάνει με την κρινόμενη αίτηση δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμα. Συνεπώς, νομίμως απορρίφθηκαν με την προσβαλλόμενη πράξη με την αιτιολογία ότι ο πληττόμενος όρος είναι αναγκαίος λόγω των αυξημένων απαιτήσεων αξιοπιστίας, ετοιμότητας και λειτουργικότητας των μηχανημάτων».

⁸⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1680/06.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

⁹⁰ Σύμφωνα με τις απαντήσεις των μερών, των ανταγωνιστών, των νοσοκομείων και σύμφωνα με την μελέτη της εταιρίας ANALYSIS, την οποία προσκόμισε η καταγγέλλουσα της με το υπ' αριθ. πρωτ. 7165/20.09.2012 Συμπληρωματικό Υπόμνημα.

⁹¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/ 18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (&44). Βλ. και Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.1993 του Συμβουλίου ΕΕ καθώς και Ειδικές Κατευθυντήριες Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις ακολουθητέες διαδικασίες υλικοεπαγρύπνισης για τα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα με τίτλο The European Commission Guidelines on Medical Device Vigilance System Meddev 2.12/1-rev.6*).

⁹² Για το βαθμό ευθύνης της κατασκευάστριας εταιρίας και προς αποσαφήνιση τυχόν παρερμηνειών, βλ. και απάντηση μάρτυρα [...] [Συνεδρίαση 21^η ΠΡΑΚΤΙΚΑ της 6^{ης} Μαρτίου 2019, σελ. 12] «Καταρχήν είναι μέρος της προληπτικής συντήρησης, οπότε αλλαχτήκανε κατά τη διάρκεια της προληπτικής συντήρησης. Εκτός αυτού, όταν υπογράφουμε μια σύμβαση προσπαθούμε να κρατάμε και την εύρυθμη λειτουργία του νοσοκομείου. Ούτως ή άλλως το νοσοκομείο είχε δεχτεί όλα αυτά, αν το θέλετε. Εμείς προχωρήσαμε κανονικά στη διαδικασία ως όριζε. Δεν θα μπορούσαμε, θα 'πρεπε να κάνουμε κάτι διαφορετικό, θα 'πρεπε να κλείσουμε τη μονάδα, αλλά όπως καταλαβαίνετε αυτό είναι κάτι το οποίο, δεν είναι στη δικιά μας ευθύνη σαν εταιρία. Στην επόμενη συντήρηση όμως και όταν κάναμε τη

ότι δεν ισχύει, μετά και τα όσα αποσαφηνίστηκαν στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας. Τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού απαιτούν συγκεκριμένο λογισμικό για να λειτουργήσουν (που παρέχεται επίσης από τον οίκο κατασκευής), όπως και διαρκή και σε πραγματικό χρόνο πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα του οίκου κατασκευής. Για την παροχή των τεχνικών υπηρεσιών (εγκατάσταση, συντήρηση, αναβάθμιση και επισκευή υλικών και λογισμικού) απαιτείται ειδική και διαρκής εκπαίδευση, επανεκπαίδευση και ενημέρωση των τεχνικών από τον οίκο κατασκευής⁹³.

74. Αναφορικά με την εκπαίδευση, ορισμένοι διανομείς μηχανημάτων τεχνητού νεφρού εκπαιδεύουν προσωπικό νοσηλευτικών ιδρυμάτων ώστε να πραγματοποιούν οι ίδιοι την επισκευή και συντήρηση, ενώ στην πλειοψηφία των διακηρύξεων αγοράς μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, αποτελεί και σχετική υποχρέωση για τον ανάδοχο. Η [...] έχει εκπαιδέψει προσωπικό, σε όσα Νοσοκομεία της έχει ζητηθεί ή αποτελεί όρο της σύμβασης πώλησης των μηχανημάτων⁹⁴. Η εταιρία όμως δεν χορηγεί πιστοποιητικό τεχνικής επάρκειας, καθώς δεν είναι εξουσιοδοτημένη για αυτό από τον κατασκευαστικό οίκο. Η [...] έχει εκπαιδέσει το προσωπικό νοσηλευτικών ιδρυμάτων⁹⁵ και έχει χορηγήσει πιστοποιητικό τεχνικής επάρκειας (πιστοποιητικό / βεβαίωση εκπαίδευσης) στους τεχνικούς που έχουν εκπαιδευτεί. Η [...] έχει παράσχει σε δύο περιπτώσεις νοσοκομείων εκπαίδευση σε τεχνικούς τους ώστε να πραγματοποιούν οι ίδιοι την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων του οίκου [...]⁹⁶. Για τη σχετική πιστοποίηση των εν λόγω υπαλλήλων τους χορηγήθηκαν Πιστοποιητικά Τεχνικής Εκπαίδευσης, με ισχύ 3 ετών. Από την άλλη μεριά η [...] δεν δίνει σχετική εξουσιοδότηση στους διανομείς της. Η [...] αναφέρει ότι «δεν έχουμε εκπαιδέσει, δεν υφίστανται πιστοποιητικά καθότι δεν υπάρχει σχετική εξουσιοδότηση και εκπαίδευση». Επίσης η [...] επισημαίνει ότι «Σύμφωνα με την ισχύουσα πολιτική της [...], η εκπαίδευση τεχνικών που ανήκουν στις τεχνικές υπηρεσίες των τελικών πελατών, δηλαδή των νοσοκομείων, ακολουθεί την ίδια διαδικασία με εκείνη για όλους τους άλλους τεχνικούς (δηλαδή τους τεχνικούς του ίδιου του οίκου και των αντιπροσώπων/ διανομέων της). Η διαδικασία αυτή περιλαμβάνει αίτημα εκπαίδευσης, έλεγχος προσόντων υποψηφίου, εγγραφή του προς εκπαίδευση και αποστολή πρόσκλησης, παρακολούθηση εκπαίδευσης, εξετάσεις, και εάν ο υποψήφιος είναι επιτυχής, του χορηγείται πιστοποιητικό εκπαίδευσης με ετήσια διάρκεια.» Τέλος, τόσο η ΜΠΑΞΤΕΡ όσο και η GAMBRO δεν έχουν εκπαιδέσει προσωπικό νοσηλευτικών ιδρυμάτων⁹⁷. Σε κάθε περίπτωση, από την ακροαματική διαδικασία προέκυψε ότι δεν απαιτείται μεγάλο χρονικό διάστημα εκπαίδευσης⁹⁸.

συντήρηση και ήταν διαθέσιμο το μηχανήμα προβήκαμε κανονικά στις διαδικασίες του κατασκευαστή και όπως αυτές ορίζονται απ' τον ίδιο».

⁹³ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/ 19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (υπό §044), υπ' αριθ. πρωτ. 1463/17.02.2012 επιστολή της ΣΕΡΚΟ και υπ' αριθ. πρωτ. 1917/02.03.2014 Συμπληρωματικό Υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ.

⁹⁴ Τα Νοσοκομεία αυτά είναι: [...].

⁹⁵ [...]

⁹⁶ [...].

Επίσης, [...]

⁹⁷ Η ΜΠΑΞΤΕΡ αναφέρει ότι «Δεν έχουμε εκπαιδέσει προσωπικό νοσηλευτικών ιδρυμάτων, ώστε να είναι σε θέση να προβεί σε επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων του οίκου GAMBRO και ως εκ τούτου δεν έχουμε χορηγήσει πιστοποιητικό τεχνικής επάρκειας προς τεχνικούς νοσηλευτικών ιδρυμάτων.» και η GAMBRO απαντά ότι «Από την εξέταση των σχετικών αρχείων, προέκυψε ότι η Εταιρεία μας δεν προέβη ποτέ σε εκπαίδευση στην Ελλάδα προσωπικού νοσηλευτικών ιδρυμάτων ώστε να πραγματοποιούν οι ίδιοι την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων του οίκου GAMBRO».

⁹⁸ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση μάρτυρα [...] [Συνεδρίαση 21^η ΠΡΑΚΤΙΚΑ της 6^{ης} Μαρτίου 2019, σελ. 50] («Η εκπαίδευση, η βασική εκπαίδευση είναι 5 μέρες. Όχι, είναι 5 μέρες συν κάποιο επαναληπτικό που γίνεται μετά από 3 μήνες»). Βλ. επίσης κατάθεση μάρτυρα [...] [Συνεδρίαση 22^η ΠΡΑΚΤΙΚΑ της

75. Καμία από τις εταιρίες που ρωτήθηκαν δεν είχε εμπειρία από εκπαίδευση ανεξάρτητων επισκευαστών/ συντηρητών μηχανημάτων. Η [...] αναφέρει ότι «Ουδέποτε μας ζητήθηκε να παρέχουμε τεχνογνωσία και πιστοποιητικά τεχνικής επάρκειας σε ανεξάρτητες εταιρίες επισκευής και συντήρησης για τα μηχανήματα [...]»⁹⁹. Η [...] επισημαίνει ότι «δεν έχει γίνει δέκτης αιτημάτων από άλλες, ανεξάρτητες από αυτήν ή την προμηθεύτρια της, εταιρείες/επιχειρήσεις για αγορά ανταλλακτικών ή παροχή τεχνογνωσίας αναφορικά με μηχανήματα του οίκου [...]»¹⁰⁰. Οι εταιρίες που εμπορεύονται ή εμπορεύονταν στο παρελθόν μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO δηλώνουν ότι δεν εκπαιδεύουν ανεξάρτητους επισκευαστές. Ειδικότερα, η **ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ** υπογραμμίζει «Αντιπαρερχόμενοι την επανειλημμένη αναφορά σε «ανεξάρτητους επισκευαστές» (ανεξάρτητους από τί ή ποιόν;), αφού έχουμε επανειλημμένα εξηγήσει ότι δεν υπάρχουν «ανεξάρτητοι» έμποροι ανταλλακτικών ή υπηρεσιών, αλλά μόνον αντιπρόσωποι, διανομείς ή εργολάβοι τους, σημειώνουμε ότι η απάντηση είναι προφανώς αρνητική. Μόνον τεχνικοί με άμεση (λχ οι τεχνικοί των αντιπροσώπων ή διανομέων) ή έμμεση (λχ οι εργολάβοι των αντιπροσώπων ή διανομέων) συμβατική σχέση με τον οίκο μπορούν να εκπαιδευτούν, με την ίδια ως άνω διαδικασία»¹⁰¹. Η **ΜΠΑΞΤΕΡ** επισημαίνει ότι αυτή «δεν εκπαιδεύει ανεξάρτητους τεχνικούς επισκευαστές για συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων του οίκου GAMBRO. Δεν έχει παράσχει συνεπώς σε κανένα ανεξάρτητο πάροχο επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τέτοιου είδους εκπαίδευση, δεδομένων μάλιστα των όσων έχουμε ήδη αναφέρει για το καθιερωμένο σύστημα διανομής το οποίο ακολουθείται από τον Όμιλο Baxter στην ελληνική αγορά αιμοδιύλισης (HD market), όπερ συνεπάγεται ότι την επισκευή και τη συντήρηση των μηχανημάτων GAMBRO έχει αναλάβει αποκλειστικά η Εταιρία μας, και συνεπώς παρέλκει η παροχή οποιασδήποτε εκπαίδευσης προς τρίτους ανεξάρτητους παρόχους»¹⁰². Τέλος, η GAMBRO σε σχετική ερώτηση απάντησε «Η Εταιρεία μας δεν προβαίνει στην εκπαίδευση ανεξάρτητων τεχνικών επισκευαστών για συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων του οίκου GAMBRO»¹⁰³.

Ζήτηση συστημάτων τεχνητού νεφρού

76. Η διαδικασία εξωνεφρικής κάθαρσης πραγματοποιείται στα νοσηλευτικά ιδρύματα, δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία και κλινικές, στα οποία λειτουργούν μονάδες αιμοκάθαρσης. Στην ελληνική επικράτεια λειτουργούσαν, το 2012, περίπου 54 μονάδες αιμοκάθαρσης¹⁰⁴, οι οποίες ήταν στελεχωμένες με συνολικά 2.368 μηχανήματα¹⁰⁵. Όπως προκύπτει και από τον πίνακα που ακολουθεί, η πλειοψηφία των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού βρίσκεται σε δημόσια νοσοκομεία.

Πίνακας 1: Αριθμός μηχανημάτων ανά νομικό πρόσωπο για τα έτη 2003 - 2011

¹² 15 Μαρτίου 2019, σελ. 109] («Όλοι οι τεχνικοί μας ήταν έμπειροι τεχνικοί, οι οποίοι είχαν να κάνουν σε μηχανήματα GAMBRO κ.λπ., αλλά το μηχάνημα B BRAUN είναι μίας διαφορετικής φιλοσοφίας. Πέρασαν από μία μεγάλη εκπαίδευση δεκαήμερη, δηλαδή αυτό σημαίνει ότι μείνανε στον κατασκευαστικό οίκο 15 μέρες, 2 βδομάδες, για να πάρουνε καταρχήν την πιστοποίηση...»).

⁹⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1788/16.03.2018 απαντητική επιστολή της [...]

¹⁰⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 2068/30.03.2018 απαντητική επιστολή της [...]

¹⁰¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 2864/07.05.2018 απαντητική επιστολή της [...]

¹⁰² Υπ' αριθ. πρωτ. 2846/07.05.2018 απαντητική επιστολή της [...]

¹⁰³ Υπ' αριθ. πρωτ. 2919/08.05.2018 απαντητική επιστολή της [...]

¹⁰⁴ Σύμφωνα με στοιχεία από την Επιτροπή Προμηθειών Υγείας (ΕΠΥ), επισυναπτόμενα στην υπ' αριθ. πρωτ. 4871/05.06.2012 επιστολή της.

¹⁰⁵ Κλαδική Μελέτη ICAP, «ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ», Νοέμβριος 2014.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Δημόσια Νοσοκομεία	1.342	1.393	1.481	1.528	1.504	1.537	1.605	1.654	1.660
Ν.Π.Ι.Δ. ¹⁰⁶	63	69	70	75	75	76	77	84	77
Ιδιωτικά Νοσοκομεία	563	578	589	653	639	616	674	612	631
Σύνολο Χώρας	1.968	2.040	2.140	2.256	2.218	2.229	2.356	2.350	2.368

Πηγή: Κλαδική Μελέτη ICAP, «ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ», Νοέμβριος 2014

77. Σύμφωνα με λίστα που προσκόμισε η Επιτροπή Προμηθειών Υγείας (ΕΠΥ), αλλά και την έρευνα της Υπηρεσίας, τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού με τη συχνότερη παρουσία στα νοσοκομεία είναι αυτά των οίκων **GAMBRO**, **FRESENIUS**, **NIKISSO**, **BELLCO** και **B/BRAUN**¹⁰⁷.

78. Η προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, γίνεται στα δημόσια νοσοκομεία μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία¹⁰⁸ και στον ιδιωτικό τομέα μέσω συμφωνιών κατόπιν απευθείας διαπραγμάτευσης ή μέσω χρησιδανείου¹⁰⁹.

Σχετική Αγορά Προϊόντος¹¹⁰

Τύποι θεραπείας νεφρικής ανεπάρκειας

79. Υπάρχουν τρία είδη θεραπείας της νεφρικής ανεπάρκειας:

- (i) η αιμοδύλιση (hemodialysis "HD")¹¹¹,
- (ii) η περιτοναϊκή κάθαρση (peritoneal dialysis "PD")¹¹² και

¹⁰⁶ Νεφρολογικά κέντρα πχ Φροντίς (στην Ελευσίνα), MESOGEOS (Παλιό Φάληρο, Παλλήνη, Κρήτη, Καλαμάτα, Χαλκίδα, Σέρρες).

¹⁰⁷ Σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκόμισε η ΕΠΥ, στα δημόσια νοσοκομεία γινόταν το 2012 χρήση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού των ακόλουθων οίκων: GAMBRO, FRESENIUS, NIKISSO, B/BRAUN, SORIN GROUP ITALIA, BELLCO, EDWARDS, DIALOG ADVANCED, PEM 10, CITEM 10, HOME CHOICE, MEDIZIN TECHNISCHE SYSTEM, ALTHIN BAXTER, DRAKE WILLOCK.

¹⁰⁸ Π.Δ. 118/2007, Π.Δ. 60/2007.

¹⁰⁹ Βλ. ενδεικτικά απαντήσεις [...] (2417/20.04.2015) και [...] (1644/05.03.2015)

¹¹⁰ Η σχετική αγορά προϊόντων περιλαμβάνει το σύνολο των προϊόντων ή/και υπηρεσιών που θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα ή δυνάμενα να υποκατασταθούν μεταξύ τους λόγω των χαρακτηριστικών τους, των τιμών τους και της χρήσης για την οποία προορίζονται.

¹¹¹ Η αιμοδύλιση είναι μία διαδικασία κατά την οποία μεταφέρονται άχρηστες ουσίες που παράγονται καθημερινά στον οργανισμό των νεφροπαθών, διαμέσου φίλτρων και φεύγουν από το σώμα, ενώ παράλληλα χρήσιμες ουσίες περνούν από το διάλυμα της κάθαρσης προς το νεφροπαθή. Με τη διαδικασία αυτή που διαρκεί περίπου 4-5 ώρες ημέρα παρά ημέρα, ο άρρωστος καταφέρνει να είναι αρκετά καλά και να μην κινδυνεύει παρά το ότι του λείπει ολοκληρωτικά ένα όργανο. Για να γίνει αυτή η διαδικασία χρειάζεται ένα μηχάνημα τεχνητού νεφρού, ένα φίλτρο και κάποιες γραμμές (σωλήνες πλαστικοί ειδικής κατασκευής και σύνθεσης), που θα συνδέσουν τον άρρωστο με το φίλτρο και το μηχάνημα. Η εν λόγω μέθοδος χρησιμοποιείται κυρίως για τη θεραπεία χρόνιων ασθενών, αλλά σε ορισμένες περιπτώσεις μπορεί να χρησιμοποιηθεί και σε ασθενείς με οξεία νεφρική ανεπάρκεια (<http://img.pathfinder.gr/clubs/files/14669/9.dat>).

¹¹² Με τη μέθοδο της περιτοναϊκής κάθαρσης τοποθετείται στην κοιλιά του αρρώστου ένας καθετήρας και στη συνέχεια από το έξω στόμιο του καθετήρα τοποθετείται μέσα στην κοιλιά ένα υγρό, το οποίο αφαιρείται μετά 6 ώρες (δηλαδή στο 24ωρο γίνονται 4 αλλαγές). Στην κοιλιά γίνεται ανταλλαγή ουσιών από το αίμα προς το διάλυμα και αντίθετα, με αποτέλεσμα οι άχρηστες ουσίες να μαζεύονται στο υγρό και οι χρήσιμες να μπαίνουν στο αίμα. Αφαιρώντας το υγρό μετά 6 ώρες, αφαιρούνται και οι άχρηστες ουσίες και με τον τρόπο αυτό σιγά-σιγά καθαρίζεται το αίμα. Η εν λόγω μέθοδος χρησιμοποιείται σχεδόν αποκλειστικά για τη θεραπεία χρόνιων ασθενών και εκτελείται στο σπίτι (<http://img.pathfinder.gr/clubs/files/14669/9.dat>).

(iii) η συνεχής θεραπεία νεφρικής υποκατάστασης (continuous renal replacement therapy "CRRT")¹¹³.

80. Σε σχετικές αποφάσεις της η Ευρωπαϊκή Επιτροπή (εφεξής και Ε.Επ.) έχει θεωρήσει ως διακριτές τις προαναφερόμενες σχετικές αγορές. Συγκεκριμένα, στην Απόφασή της, σχετικά με τη συγκέντρωση μεταξύ των εταιριών Baxter International και Gambro¹¹⁴ (εφεξής Απόφαση Baxter/ Gambro), η Ε.Επ έκρινε ότι τα συστήματα (μηχανήματα, αναλώσιμα, κ.α.) κάθε θεραπείας αποτελούν διακριτές αγορές λόγω των θεμελιωδώς διαφορετικών χαρακτηριστικών τους και του γεγονότος ότι χρησιμοποιούνται για τις θεραπείες που εφαρμόζονται σε πολύ διαφορετικές κατηγορίες ασθενών.
81. Με τον εν λόγω διαχωρισμό της αγοράς συμφωνούν τόσο οι καταγγελλόμενες GAMBRO, ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΜΠΑΞΤΕΡ¹¹⁵, η ΣΕΡΚΟ, αλλά και το σύνολο των ανταγωνιστών του κλάδου που ρωτήθηκαν¹¹⁶. Σχετικά με τη δυνατότητα υποκατάστασης μεταξύ των τριών ειδών θεραπείας, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει ότι *«είναι ευρέως γνωστό, και τεκμηριώνεται από πολυάριθμες δημοσίως διαθέσιμες πηγές¹¹⁷, ότι οι τρεις θεραπείες δεν είναι γενικά εναλλάξιμες (η μία υποκατάστατη της άλλης), αλλά ότι ορισμένη, και όχι άλλη, από αυτές προσήκει σε ορισμένο ασθενή με βάση την κατάσταση του.»*
82. Όπως αναλυτικά αναφέρθηκε και στην Ενότητα 0, η GAMBRO κατά την επίμαχη περίοδο δραστηριοποιείτο στην Ελλάδα, μέσω της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, στην αιμοδιύλιση (HD), καθώς και στη συνεχή θεραπεία νεφρικής υποκατάστασης (CRRT), ενώ η ΣΕΡΚΟ δραστηριοποιείτο αποκλειστικά στην αιμοδιύλιση (HD)¹¹⁸.
83. Κατόπιν των ανωτέρω σχετικά με τον διαχωρισμό των μεθόδων αιμοκάθαρσης και την δραστηριοποίηση της ΣΕΡΚΟ αποκλειστικά στην αγορά αιμοδιύλισης, κρίνεται ότι η εν λόγω υπόθεση αφορά αποκλειστικά στην αγορά αιμοδιύλισης / hemodialysis "HD" (εφεξής αγορά HD).

Αγορά Αιμοδιύλισης (HD): σύστημα προϊόντων & υπηρεσίας έναντι διακριτών συνδεδεμένων αγορών

84. Η αγορά τεχνητού νεφρού αποτελείται από την αγορά των μηχανημάτων και τις συνδεδεμένες δευτερογενείς αγορές των ανταλλακτικών και της επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων αυτών. Το ζήτημα που εγείρεται στην περίπτωση που υφίστανται συνδεδεμένες αγορές είναι το κατά πόσο αυτές συνιστούν ξεχωριστές αγορές ή τμήμα μίας ενιαίας αγοράς.

¹¹³ Η συνεχής θεραπεία νεφρικής υποκατάστασης βασίζεται στις ίδιες αρχές με την αιμοδιύλιση, αλλά είναι μια συνεχής αγωγή, εφαρμόζεται 24 ώρες την ημέρα για αρκετές ημέρες για τη θεραπεία ασθενών με οξεία νεφρική ανεπάρκεια. Η εν λόγω μέθοδος εφαρμόζεται συνήθως σε μονάδες εντατικής θεραπείας ("ΜΕΘ") με τη χρήση ειδικού εξοπλισμού, που αποτελείται από μια ειδική οθόνη CRRT και αναλώσιμα (βλ. σχετικά την υπόθεση COMP/M. 6851 – Baxter International / Gambro).

¹¹⁴ COMP/M. 6851 – Baxter International / Gambro.

¹¹⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 3436/2.6.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Υπ' αριθ. πρωτ. 3436/2.6.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO. Υπ' αριθ. πρωτ. 3436/2.6.2015 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

¹¹⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 1703/9.3.2015 ([...]), υπ' αριθ. πρωτ. 1901/18.3.2015 ([...]), υπ' αριθ. πρωτ. 1747/14.3.2015 ([...]) και υπ' αριθ. πρωτ. 1680/6.3.2015 ([...]).

¹¹⁷ Βλ.

http://www.baxter.com/healthcare_professionals/therapies/renal/acute_kidney_treatment/continuous_renal_replacement_therapy.html.

¹¹⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ, σελίδα 2: *«Σημειώνουμε εδώ ειδικότερα ότι η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro χρόνιας αιμοκάθαρσης (hemodialysis "HD")».*

85. Στην Ανακοίνωση της Ε.Επ. για τον ορισμό της σχετικής αγοράς¹¹⁹, σχετικά με την οριοθέτηση της αγοράς στην περίπτωση των συνδεδεμένων αγορών, αναφέρεται «*Η μέθοδος που χρησιμοποιείται για τον ορισμό των αγορών στις περιπτώσεις αυτές [των συνδεδεμένων αγορών] είναι η ίδια, δηλαδή πρέπει να αξιολογούνται οι αντιδράσεις των πελατών στις διακυμάνσεις των σχετικών τιμών, λαμβάνοντας όμως υπόψη τους περιορισμούς στην υποκατάσταση λόγω των συνθηκών που επικρατούν στις συνδεδεμένες αγορές. Στις περιπτώσεις που έχει σημασία η συμβατότητα με το πρωτογενές προϊόν όπως, για παράδειγμα, όταν πρόκειται για ανταλλακτικά, ο ορισμός της αγοράς δευτερογενών προϊόντων μπορεί να γίνει στενότερος. Τα προβλήματα που συνδέονται με την εξεύρεση συμβατών δευτερογενών προϊόντων σε συνδυασμό με τις υψηλές τιμές και τη μεγάλη διάρκεια ζωής των πρωτογενών προϊόντων μπορούν να καταστήσουν συμφέρουσες τις αυξήσεις των σχετικών τιμών των δευτερογενών προϊόντων. Αν υπάρχει δυνατότητα σημαντικής υποκατάστασης μεταξύ των δευτερογενών προϊόντων ή αν τα χαρακτηριστικά των πρωτογενών προϊόντων καθιστούν εφικτή την ταχεία και άμεση αντίδραση των καταναλωτών στις αυξήσεις των σχετικών τιμών των δευτερογενών προϊόντων, ο ορισμός της αγοράς μπορεί να είναι διαφορετικός».*
86. Οι επιχειρήσεις που παράγουν και εμπορεύονται τα πρωτογενή προϊόντα, κατά κανόνα, δραστηριοποιούνται και στις αγορές των δευτερογενών προϊόντων. Μία αύξηση στην τιμή του δευτερογενούς προϊόντος μπορεί να αυξήσει μεν τα έσοδα της επιχείρησης από την πώληση του δευτερογενούς προϊόντος, πιθανώς όμως να επηρεάσει αρνητικά τις πωλήσεις του πρωτογενούς προϊόντος αν οι καταναλωτές λάβουν υπόψη την αύξηση αυτή στην τιμή του δευτερογενούς προϊόντος κατά την απόφασή τους να προμηθευτούν το συγκεκριμένο πρωτογενές προϊόν. Σύμφωνα με την Ανακοίνωση λοιπόν, ο ορισμός της αγοράς μπορεί να γίνει στενότερος, δηλαδή οι δευτερογενείς αγορές να αποτελούν διακριτές αγορές, εφόσον είναι συμφέρουσα, για την επιχείρηση που παράγει τα εν λόγω προϊόντα, η αύξηση των σχετικών τιμών στη δευτερογενή αγορά. Σε διαφορετική περίπτωση, όταν μια τέτοια αύξηση δεν είναι επικερδής, η αγορά θα πρέπει να θεωρηθεί ενιαία.
87. Στις Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς¹²⁰ αναφέρεται «*[...] Όταν οι προμηθευτές πωλούν συνήθως μια δέσμη προϊόντων, τότε ολόκληρη η δέσμη μπορεί να καθορίσει την αγορά προϊόντος σε περιπτώσεις κατά τις οποίες οι αγοραστές θεωρούν ως υποκατάστατες μεταξύ τους τις δέσμες και όχι τα επιμέρους προϊόντα. [...] Όταν ένας προμηθευτής παράγει τόσο αρχικό εξοπλισμό όσο και τα ανταλλακτικά και εξαρτήματα για τον εξοπλισμό αυτό, ο προμηθευτής είναι συχνά ο μοναδικός ή ο μεγαλύτερος προμηθευτής στη συγκεκριμένη αγορά ανταλλακτικών και εξαρτημάτων. Το ίδιο μπορεί να συμβεί και όταν ο προμηθευτής (αρχικού εξοπλισμού) αναθέτει με υπεργολαβία την κατασκευή των ανταλλακτικών και εξαρτημάτων. Η σχετική αγορά για την εφαρμογή του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες μπορεί να είναι η αγορά αρχικού εξοπλισμού περιλαμβανομένων των ανταλλακτικών ή μία ξεχωριστή αγορά αρχικού εξοπλισμού και η αγορά ανταλλακτικών και εξαρτημάτων, ανάλογα με τα δεδομένα κάθε περίπτωσης, όπως τα αποτελέσματα των σχετικών περιορισμών, τον χρόνο ζωής του εξοπλισμού και το κόστος επισκευής ή αντικατάστασης¹²¹. Στην πράξη, το ζήτημα είναι να αποφασιστεί εάν σημαντικό ποσοστό των αγοραστών πραγματοποιεί την επιλογή του λαμβάνοντας υπόψη το κόστος του προϊόντος καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής του. Σε μια τέτοια περίπτωση, αυτό*

¹¹⁹ Βλ. Ανακοίνωση της Ε.Ε. για τον ορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ 1997, C-372, παρ. 56.

¹²⁰ Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς (2010/C 130/01), παρ. 89 και 91.

¹²¹ Στο συγκεκριμένο σημείο παραπέμπονται οι αποφάσεις της Ε.Επ.: Pelikan/Kyocera (1995) COM(96) 126 (σ. 87), 91/595/EOK στην υπόθεση αριθ. IV/M.12-Varta/Bosch, ΕΕ L 320 της 22.11.1991 (σ. 26), IV/M.1094 - Caterpillar/Perkins Engines, ΕΕ C 94 της 28.3.1998 (σ. 23), και IV/M.768 - Lucas/Varity, ΕΕ C 266 της 13.9.1996 (σ. 6).

υποδηλώνει ότι υπάρχει μια μόνη αγορά που περιλαμβάνει τόσο τον αρχικό εξοπλισμό όσο και τα ανταλλακτικά».

88. Εν κατακλείδι, βάσει των Κατευθυντηρίων, ακόμα και όταν δεν υφίσταται διαλειτουργικότητα στα ανταλλακτικά, δηλαδή στις περιπτώσεις που ο προμηθευτής του αρχικού εξοπλισμού (πρωτογενούς προϊόντος) είναι και ο μοναδικός προμηθευτής των ανταλλακτικών (δευτερογενούς προϊόντος), η αγορά μπορεί να θεωρηθεί ενιαία εάν σημαντικό ποσοστό των καταναλωτών αγοράζει τον αρχικό εξοπλισμό, λαμβάνοντας υπόψη το κόστος των ανταλλακτικών για όλη τη διάρκεια ζωής του εξοπλισμού. Στην προκειμένη περίπτωση εκτιμάται ότι μια αύξηση στην τιμή του ανταλλακτικού θα επηρέαζε αρνητικά την απόφαση σημαντικού ποσοστού των καταναλωτών να προμηθευτούν τον αρχικό εξοπλισμό του συγκεκριμένου κατασκευαστή, καθιστώντας την αύξηση μη επικερδή.

Η θέση της καταγγέλλουσας

89. Η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι η αγορά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και οι δευτερογενείς αγορές των ανταλλακτικών και της επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων αυτών είναι διακριτές¹²². Σχετικά, η καταγγέλλουσα επικαλείται την σκέψη 79 της Υπόθεσης T-427/08 Confédération Européenne des associations d'horlogers-réparateurs κατά της E.E. (εφεξής CEAHR) και συγκεκριμένα το κριτήριο το οποίο έθεσε το Γενικό Δικαστήριο ότι «η αγορά ανταλλακτικών για τα πρωτογενή προϊόντα συγκεκριμένης μάρκας δύναται να μη συνιστά χωριστή σχετική αγορά σε δύο περιπτώσεις: πρώτον, στην περίπτωση κατά την οποία ο καταναλωτής δύναται να στραφεί στα ανταλλακτικά που κατασκευάζει άλλος κατασκευαστής· δεύτερον, στην περίπτωση κατά την οποία ο καταναλωτής δύναται να στραφεί σε άλλο πρωτογενές προϊόν για να αποφύγει αύξηση των τιμών στην αγορά των ανταλλακτικών». Ειδικότερα, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, οι αγορές του τεχνητού νεφρού είναι διακριτές, διότι «μια μέτρια αύξηση στο κόστος παροχής των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής (στο οποίο περιλαμβάνεται και η τιμή των ανταλλακτικών) δεν είναι ικανή να μεταστρέψει τη ζήτηση του καταναλωτή προς την αγορά του ίδιου ή άλλου ανταγωνιστικού πρωτογενούς προϊόντος (μηχανήματος τεχνητού νεφρού) και έτσι να καθιστά μη αποδοτική την εν λόγω αύξηση»¹²³. Το γεγονός αυτό επιτείνεται λόγω της α) μακράς διάρκειας ζωής του μηχανήματος, β) της υψηλής τιμής του και γ) των

¹²² Καταγγελία σελ. 18, όπου παραπέμπει στο κριτήριο που έθεσε το Γενικό Δικαστήριο στην υπόθεση T-427/08 Confédération Européenne des associations d'horlogers-réparateurs (εφεξής CEAHR), σκέψη 79.

¹²³ Σχετικά η καταγγέλλουσα επικαλείται την απόφαση CEAHR, ιδίως τις σκέψεις:

106: «... εν προκειμένω, η Επιτροπή δεν απέδειξε, στην προσβαλλόμενη απόφαση, ότι οι αυξήσεις της τιμής ενός συγκεκριμένου κατασκευαστή στις αγορές παροχής υπηρεσιών μετά την πώληση έχουν οποιαδήποτε συνέπεια στον όγκο των πωλήσεων του στην πρωτογενή αγορά. Αντιθέτως, τόνισε επανειλημμένως ότι το κόστος των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής (στο οποίο περιλαμβάνεται η τιμή των ανταλλακτικών) είναι αμελητέο και ασήμαντο σε σχέση με την καθεαυτή αρχική τιμή του ωρολογίου πολυτελείας ή γοήτρου (βλ. σκέψη 94 ανωτέρω). Κατά τον ισχυρισμό της Επιτροπής, ο οποίος περιλαμβάνεται στην υποσημείωση 27 της προσβαλλόμενης αποφάσεως, το κόστος αυτό παραμένει αμελητέο σε σχέση με την αρχική τιμή ακόμα και αν λαμβάνεται υπόψη όλη η διάρκεια ζωής του προϊόντος, οπότε είναι ελάχιστα πιθανό ότι οι δυνητικοί αγοραστές υπολογίζουν το κόστος αυτό για όλη τη διάρκεια της ζωής του πρωτογενούς προϊόντος. Εξ αυτών, η Επιτροπή συνάγει, στην ίδια υποσημείωση, ότι «ο καταναλωτής δεν θεωρεί το κόστος της παροχής υπηρεσιών μετά την πώληση ως κριτήριο κατά την επιλογή ενός ωρολογίου»»

118: «... το Γενικό Δικαστήριο κρίνει ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι μέτρια αύξηση των τιμών στην αγορά της παροχής υπηρεσιών μεταθέτει τη ζήτηση στην αγορά ωρολογίων πολυτελείας ή γοήτρου η οποία μπορεί να καθιστά μη αποδοτική την αύξηση αυτή, ούτε ότι, γενικώς, η τιμή παροχής υπηρεσιών επιδρά στον ανταγωνισμό μεταξύ των πρωτογενών προϊόντων.»

Βλ. και τις σχετικές αναφορές που γίνονται σε άλλα σημεία της απόφασης στην Ανακοίνωση της Επιτροπής περί καθορισμού της σχετικής αγοράς.

κανονιστικών περιορισμών που δυσχεραίνουν τη διαδικασία αντικατάστασης του έχοντος υποστεί βλάβη μηχανήματος με άλλο καινούργιο του ίδιου ή άλλου σήματος¹²⁴.

90. Αναφέρει δε ότι ο ορθολογικά συναλλασσόμενος αγοραστής μηχανημάτων προβαίνει αμέσως μετά τη λήξη της εγγύησης στη συμφέρουσα επιλογή της συντήρησης των μηχανημάτων «τουλάχιστον για δεκαπέντε χρόνια» αντί να επιλέξει να αγοράσει νέο μηχάνημα¹²⁵. Προς απόδειξη του ισχυρισμού της, η ΣΕΡΚΟ προέβη σε σύγκριση κόστους μεταξύ της αγοράς νέου μηχανήματος μετά την εγγύηση κάθε τρία, τέσσερα χρόνια κ.ο.κ. χρόνια και της επιλογής της συντήρησης του μηχανήματος για 15 χρόνια, από την οποία προκύπτει ότι το νοσοκομείο το συμφέρει να προβαίνει σε συντήρηση των μηχανημάτων και όχι στην αγορά νέων πριν την απαξίωσή τους.
91. Όσον αφορά την αγορά των ανταλλακτικών και της επισκευής, αυτές σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, δύνανται να θεωρηθούν ως μια αυτοτελής δευτερογενής αγορά σε σχέση με τη διανομή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, επειδή το κόστος της επισκευής εξαρτάται πάντα από την αξία των ανταλλακτικών¹²⁶. Ισχυρή ένδειξη περί της ύπαρξης αυτοτελούς-διακριτής δευτερογενούς αγοράς ανταλλακτικών και επισκευής σε σχέση με την αγορά των πρωτογενών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αποτελεί, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, το γεγονός ότι, αφενός μεν υπάρχουν επιχειρήσεις (όπως η ίδια) που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά και μόνο στην αγορά της επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού (χωρίς να εμπορεύονται τα μηχανήματα αυτά) και αφετέρου γίνονται πολλοί διαγωνισμοί νοσοκομείων που έχουν ως αποκλειστικό αντικείμενο την συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων αυτών^{127, 128, 129, 130}. Σχετικά με την ύπαρξη ανεξάρτητων

¹²⁴ Βλ. ειδικότερα και την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ όπου μεταξύ άλλων αναφέρει «Η αγορά νέου μηχανήματος σε περίπτωση αύξησης της τιμής των ανταλλακτικών είναι απαγορευτική για τρεις βασικούς λόγους. Πρώτον, το κόστος των ανταλλακτικών είναι παρά πολύ μικρό σε σχέση με το κόστος αγοράς ενός καινούργιου μηχανήματος τεχνητού νεφρού. Άρα μία μικρή σχετικά αύξηση των τιμών ανταλλακτικών πολύ δύσκολα θα οδηγήσει ένα νοσοκομείο στην αγορά ενός καινούριου μηχανήματος. Δεύτερον, τα δημόσια νοσοκομεία διενεργούν διαγωνισμούς προμήθειας μηχανημάτων μετά το πέρας πολλών ετών από την εγκατάσταση των μηχανημάτων και εφόσον αυτά πάντως να ανταποκρίνονται προσηκόντως στην αποστολή τους. Είναι τέτοιοι, δε, οι περιορισμοί του κανονιστικού και ρυθμιστικού πλαισίου λειτουργίας τους που καθιστούν σχεδόν αδύνατη μια αλλαγή μηχανήματος πριν από την παρέλευση της διάρκειας ζωής του. Τρίτον, οι προϋπολογισμοί των νοσοκομείων δεν αντέχουν οικονομικά την εφάπαξ καταβολή υψηλότερων χρηματικών ποσών για την αγορά μηχανημάτων σε σχέση με τη μικρή μηνιαία δαπάνη συντήρησής τους (δεν το έπρατταν ούτε παλαιότερα που οι προϋπολογισμοί τους ενδεχομένως το επέτρεπαν)».

¹²⁵ Βλ. σχετικά την υπ' αριθ. πρωτ. 5858/5.10.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

¹²⁶ Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 4968/02.08.2011 καταγγελία με περαιτέρω παραπομπές στο υπόδειγμα που φαίνεται να προσφέρει ο Κανονισμός 461/2010 (ο οποίος αφορά τον κλάδο της αυτοκινητοβιομηχανίας), για παράδειγμα στις υπ' αριθ. 11 έως 13 αιτιολογικές σκέψεις του, διανομή ανταλλακτικών και παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης.

¹²⁷ Με το σχετικό 7^α της καταγγελίας η ΣΕΡΚΟ προσκομίζει σχετικό πίνακα διαγωνισμών με αποκλειστικό αντικείμενο τη συντήρηση και την επισκευή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO από 25.8.2010 έως 15.6.2011.

¹²⁸ Η ΣΕΡΚΟ παραπέμπει στην σκέψη 113 της CEAHR «Πάντως, η προσφεύγουσα, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, πρόεβαλε ότι το γεγονός ότι οι ανεξάρτητοι ωρολογοποιοί, οι οποίοι αποτελούν επάγγελμα, δεν ασκούν δραστηριότητες στην αγορά ωρολογίων, αλλά αποκλειστικά στην αγορά των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης ωρολογίων, αποτελεί καθαυτό ένδειξη για την ύπαρξη χωριστής αγοράς παροχής των εν λόγω υπηρεσιών. Η Επιτροπή παρέλειψε να λάβει υπόψη τη σοβαρή αυτή ένδειξη την οποία πρόεβαλε η προσφεύγουσα.»

¹²⁹ Η ΣΕΡΚΟ στο υπ' αριθ. πρωτ. 6051/ 23.07.2012 Υπόμνημα παραπέμπει στην Απόφαση του ΔΕΚ 9-11 -1983, Michelin, Συλλ. 1983, σημεία 108 και 112 και στην Απόφαση του Πρωτοδικείου Hilti/Επιτροπής, T-30/89, Συλλ. 1991, σελ. 11-1439, σκέψη 67.

¹³⁰ Στην υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της, η ΣΕΡΚΟ, επίσης, παραπέμπει στην απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση British Leyland κατά Επιτροπής, όπου έκρινε ότι «η σχετική

επισκευαστών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού προσκόμισε, μεταξύ άλλων, έγγραφο του ΕΟΠΥΥ με συνημμένο πίνακα με τα στοιχεία των συντηρητών (μέχρι τις 31.03.2017) Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού ανά Μονάδα Χρόνιας Αιμοκάθαρσης και στις Μονάδες Τεχνητού Νεφρού στην Ελλάδα¹³¹. Από τον εν λόγω πίνακα

αγορά δεν είναι η αγορά της πώλησης οχημάτων, αλλά μια παρεπόμενη και χωριστή αγορά και συγκεκριμένα αυτή της παροχής υπηρεσιών».

Ομοίως, κατά τη ΣΕΡΚΟ έχει κρίνει και η Ιταλική Επιτροπή Ανταγωνισμού σε δύο υποθέσεις:

- i. Απόφαση υπ' αριθ. 6984/1999 [Sobin Biomedica – Gambro] (σχετ. 35). Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση, οι αγορές των μηχανημάτων, των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών συντήρησης είναι διακριτές. *«Οι υπηρεσίες συντήρησης και υποστήριξης παρέχονται από τις εταιρείες παραγωγής για την περίοδο ισχύος της εγγύησης της μηχανής που αγοράζει το νοσοκομείο. Εν συνεχεία, οι εν λόγω υπηρεσίες παρέχονται και από εξειδικευμένες επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά, οι οποίες επιλέγονται και με διαγωνισμούς (σε περίπτωση δημόσιων νοσοκομείων). Σε αυτήν την αγορά δραστηριοποιούνται πολλές και εξειδικευμένες επιχειρήσεις που παρέχουν ανεξάρτητα υπηρεσίες υποστήριξης και συντήρησης και σε μηχανές της SORIN και της COBE.»*

Επισημαίνεται ωστόσο ότι η εν λόγω απόφαση αφορά στις θεραπείες και τις μεθόδους αντιμετώπισης των καρδιαγγειακών παθήσεων, καθώς και ότι υπάρχει διαχωρισμός μεταξύ μηχανημάτων και συντήρησης αυτών δεδομένου ότι υπάρχουν πληθώρα εξειδικευμένων και εξουσιοδοτημένων συντηρητών για διάφορα σήματα μηχανημάτων.

- ii. Απόφαση υπ' αριθ. 7760/1999 [General Electric Medical System Italia/ Techfibre Italia], (σχετ. 36), η οποία αφορούσε τις υπηρεσίες υποστήριξης και συντήρησης για ενδοσκοπικές συσκευές. Σημειώνεται, ότι η εν λόγω απόφαση αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο να υπάρχει ένας ευρύτερος ορισμός ιατρικών ηλεκτρικών συσκευών.

Επίσης, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε δύο συμβάσεις συντήρησης μηχανημάτων GAMBRO στην Ισπανία, οι οποίες σύμφωνα με την ίδια αποδεικνύουν ότι δραστηριοποιούνται ανεξάρτητοι πάροχοι υπηρεσιών συντήρησης (σχετ. 39 και 40). Η μια εκ των δύο συμβάσεων είναι μεταξύ πανεπιστημιακού νοσοκομείου και της GAMBRO Lundia AB και η άλλη είναι μεταξύ δημοσίου νοσοκομείου και της εταιρίας ASIME S.A. Ωστόσο σημειώνεται ότι τα προσκομισθέντα στοιχεία δεν είναι επαρκή για να διαπιστωθεί η σχέση ή μη μεταξύ της ASIME S.A. και της GAMBRO και η φύση αυτής.

Περαιτέρω, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε τη γνωστοποίηση της συγκέντρωσης Gambro AB – Baxter International Inc. (Notice Seeking Clearance pursuant to Section 66 Commerce Act 1986 by Baxter International Inc.) στην Επιτροπή Ανταγωνισμού της Νέας Ζηλανδίας. Σε αυτή αναφέρεται ότι: *«Όπως και με τα CRRT (μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro για μονάδες ενισχυτικής θεραπείας), η προμήθεια των συστημάτων HD (μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro χρόνιας αιμοκάθαρσης) μπορεί συχνά να περιλαμβάνει την παροχή υπηρεσιών εκπαίδευσης νοσηλευτικού προσωπικού και τεχνικές υπηρεσίες, όπως εγκατάσταση, συντήρηση, επισκενή, ρυθμίσεις του προϊόντος, εγκατάσταση νέων εξαρτημάτων και αναβαθμίσεις λογισμικού. Οι προμηθευτές των συστημάτων τυπικά προσφέρουν αυτού του είδους την υπηρεσία για τα δικά τους προϊόντα. Τρίτες οργανώσεις δραστηριοποιούνται επίσης στην παροχή τεχνικών υπηρεσιών, τυπικά για μια πληθώρα από συστήματα από διαφορετικούς προμηθευτές. Επιπρόσθετα, οι πελάτες μπορούν να εκτελέσουν τις απαιτούμενες υπηρεσίες με το δικό τους τεχνικό προσωπικό».*

Τέλος, προς επίρρωση της θέσης της αναφορικά με τη διακριτότητα των αγορών μηχανημάτων και ανταλλακτικών, η ΣΕΡΚΟ στην υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 επιστολή της, επικαλείται και την απόφαση της Ε.Ε., Μ.6851 σχετικά με τη συγκέντρωση των εταιριών Baxter/Gambro, η οποία ορίζει ότι κάθε αγορά κράτους μέλους ΕΕ αποτελεί πολύ πιθανόν διακριτή γεωγραφική αγορά και συνεπώς, κατά την ΣΕΡΚΟ, *«κάθε υπόθεση αναλύεται και προσδιορίζεται, σύμφωνα με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της οικείας γεωγραφικής αγοράς»*. Βάσει αυτής της παραδοχής η κρίση της συγκεκριμένης απόφασης περί του ενιαίου της αγοράς μηχανημάτων, ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης οφείλεται σε μια ορισμένη πρακτική όπου οι πελάτες συνήθως αποκτούν συσκευές μαζί με υπηρεσίες μετά την πώληση, *«η οποία όμως πρακτική δεν ανταποκρίνεται σε αυτά που ισχύουν στην ελληνική αγορά, η οποία και αποτελεί διακριτή γεωγραφική αγορά, όπως άλλωστε και κάθε εθνική αγορά κράτους μέλους ΕΕ ...»*. Στην ελληνική αγορά, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, μόνο κατά το στάδιο της εγγύησης, οι υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής παρέχονται από τον διανομέα των μηχανημάτων. Τα Νοσοκομεία διενεργούν δηλαδή σχετικούς διαγωνισμούς με αποκλειστικό αντικείμενο την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων τους, χωρίς ασφαλώς να δεσμεύονται έναντι του διανομέα των μηχανημάτων να αγοράζουν δήθεν ως πακέτο τις εν λόγω υπηρεσίες από τον κατασκευαστή ή αυτόν τον ίδιο τον διανομέα.

¹³¹ Στοιχεία τα οποία είχε συλλέξει ο ΕΟΠΥΥ σε συνέχεια του υπ' αριθ. πρωτ. ΔΒ3Ζ/οικ. 6129/ 16-2-2017 εγγράφου του, με θέμα «Καταγραφή πιστοποιήσεων συμβεβλημένων με τον ΕΟΠΥΥ Μονάδων

- προκύπτει, κατά τη ΣΕΡΚΟ, ότι στην Ελλάδα υπάρχουν ανεξάρτητες επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται μόνο στην αγορά παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού όλων των κατασκευαστικών οίκων¹³² και όχι στην αγορά πώλησης των μηχανημάτων.
92. Σε συνέχεια των ανωτέρω η ΓΔΑ απηύθυνε σχετική ερώτηση προς την καταγγέλλουσα, η οποία διευκρίνισε ότι θεωρεί και τις δευτερογενείς αγορές ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης διακριτές μεταξύ τους. Συγκεκριμένα αναφέρει ότι: *«έναντι των επιχειρήσεων που είναι πάροχοι υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης η αγορά προμήθειας ανταλλακτικών είναι διακριτή σε σχέση με την αγορά υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, δεδομένου ότι η ζήτηση των επιχειρήσεων αυτών περιορίζεται μόνο στην αγορά των ανταλλακτικών. Μπορεί δε να υπάρχουν στην αγορά επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται μόνο στην προμήθεια ή τη διανομή ανταλλακτικών προς μεταπώληση ή προς ενσωμάτωση στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής, χωρίς να παρέχουν οι ίδιες ταυτόχρονα και υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης»*¹³³. Επίσης, η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι ένδειξη για την αυτοτέλεια των δευτερογενών αγορών αποτελεί το γεγονός ότι σε ορισμένες περιπτώσεις τα νοσοκομεία αγοράζουν τα ίδια τα αναγκαία για την συντήρηση ή επισκευή ανταλλακτικά χωριστά από την υπηρεσία συντήρησης και επισκευής¹³⁴.
93. Για την υποστήριξη των θέσεων της η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε μελέτη με τίτλο «Νόθευση ανταγωνισμού στην αγορά ανταλλακτικών και συντήρησης & επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ελλάδα», η οποία εκπονήθηκε από την εταιρία ANALYSIS (εφεξής μελέτη ANALYSIS)¹³⁵. Στη συνέχεια παρατίθενται τα βασικά σημεία της εν λόγω μελέτης σχετικά με τον ορισμό της σχετικής αγοράς.
94. Η μελέτη ANALYSIS θέτει, όπως και η κείμενη ευρωπαϊκή νομοθεσία, το βασικό ζήτημα που ερευνάται στην περίπτωση των συνδεδεμένων αγορών δηλαδή την *«αλληλεπίδραση μεταξύ του προϊόντος της κύριας αγοράς και αυτών των δευτερευόντων αγορών, που συνήθως είναι συμπληρωματικά αγαθά ή υπηρεσίες»*. Σε αντιστοιχία με το ερώτημα που θέτει η Ανακοίνωση για τον ορισμό της σχετικής αγοράς, σχετικά με τον ενιαίο ή όχι ορισμό της σχετικής αγοράς, η μελέτη ANALYSIS θέτει το ερώτημα αν *«θα μπορούσε μία επιχείρηση να εξασκήσει τη μονοπωλιακή της δύναμη στη δευτερεύουσα αγορά ακόμα και εάν δεν είχε εξαιρετικά σημαντική μονοπωλιακή δύναμη στην κύρια αγορά προϊόντος;»*. Σύμφωνα με την εν λόγω μελέτη εάν η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι θετική, τότε η κύρια και η δευτερεύουσα αγορά θα πρέπει να θεωρηθούν ως αυτοτελείς και διακριτές αγορές. Στην αντίθετη περίπτωση, οι δύο αγορές θα πρέπει να θεωρηθούν ενιαίες.
95. Σχετικά, η μελέτη ANALYSIS παραθέτει τους ακόλουθους παράγοντες που επηρεάζουν την απάντηση στο κρίσιμο ερώτημα:

Χρόνιας Αιμοκάθαρσης και Μονάδων Τεχνητού Νεφρού». Βλ. σχετικά και το υπ' αριθ. πρωτ. 570/24.01.2018 έγγραφο της ΣΕΡΚΟ.

¹³² Συγκεκριμένα για τα μηχανήματα με το σήμα (εκτός της Gambro): [...].

¹³³ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

¹³⁴ Σημειώνεται ότι σε ορισμένες διακηρύξεις διαγωνισμών για την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού υπάρχει πρόβλεψη για την αγορά ανταλλακτικών απ' ευθείας από τα νοσοκομεία. Ειδικότερα οποιοδήποτε ανταλλακτικό χρειαστεί εκτός σύμβασης στην συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, το νοσοκομείο προβλέπεται να προχωρεί στην επισκευή/αγορά του ανταλλακτικού μετά από γραπτή συμφωνία και έγκριση από το Δ.Σ. του νοσοκομείου. Βλ. ενδεικτικά Διακήρυξη υπ' αριθ. 34/2015 του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Έβρου (ΑΔΑ: 7ΛΝΙ4690Ω3-ΟΟΓ).

¹³⁵ Σχετικό 120 του υπ' αριθ. πρωτ. 7165/20.09.2012 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης Ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

1. **«πονηρεμένοι» (sophisticated) καταναλωτές:** ένας «πονηρεμένος» (sophisticated) καταναλωτής θα αγόραζε το κατάλληλο για αυτόν προϊόν από την κύρια αγορά έχοντας λάβει υπόψη του τόσο το κόστος του προϊόντος αυτού καθεαυτού, όσο και το κόστος της δευτερεύουσας αγοράς προϊόντων και υπηρεσιών για όλη τη διάρκεια ζωής του προϊόντος.

2. δυνατότητα **αποφυγής της αύξησης της τιμής:** κατά πόσο είναι εύκολο για έναν καταναλωτή να αποφύγει την αύξηση στην τιμή ενός προϊόντος που πωλείται στη δευτερεύουσα αγορά από την ίδια εταιρία που κατασκευάζει το προϊόν στην κύρια αγορά, υποκαθιστώντας το με κάποιο άλλο προϊόν που κατασκευάζεται από κάποιο ανταγωνιστή. Προφανώς, όσο μικρότερη γκάμα επιλογών διαθέτει ο καταναλωτής τόσο περισσότερο είναι εγκλωβισμένος (locked-in) και ευάλωτος σε μία αύξηση της τιμής στη δευτερεύουσα αγορά.

3. **υποκατάσταση πρωτογενούς προϊόντος:** η δυνατότητα και η ευκολία με την οποία οι καταναλωτές ενός προϊόντος στην κύρια αγορά μπορούν να το υποκαταστήσουν με ένα άλλο προϊόν (switching costs). Όσο πιο εύκολη είναι η υποκατάσταση, τόσο πιο δύσκολο γίνεται για μια επιχείρηση που δραστηριοποιείται τόσο στην κύρια όσο και στη δευτερεύουσα αγορά να προσπαθήσει να αυξήσει την τιμή στη δεύτερη. Η δυνατότητα υποκατάστασης που έχουν οι καταναλωτές είναι συνάρτηση τόσο του κόστους αγοράς του κύριου προϊόντος σε σχέση με το κόστος της δευτερεύουσας αγοράς, όσο και της ύπαρξης αγοράς μεταχειρισμένων προϊόντων για το αγαθό της κύριας αγοράς¹³⁶.

96. Σε σχέση με την αγορά τεχνητού νεφρού, η μελέτη θεωρεί ότι οι καταναλωτές (δημόσια νοσοκομεία) πριν την αγορά ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού **αναζητούν ενεργά πληροφορίες για το κόστος των ανταλλακτικών και της συντήρησης και επισκευής**, ζητώντας από τις εταιρίες που συμμετέχουν στους μειοδοτικούς διαγωνισμούς να εκτιμήσουν κατά προσέγγιση το κόστος των δευτερευουσών αυτών προϊόντων και υπηρεσιών σε ορίζοντα δεκαετίας. Κατά την άποψη της μελέτης όμως αυτό αποτελεί αναγκαία, αλλά όχι ικανή συνθήκη για να θεωρηθούν οι αγορές ενιαίες, λόγω των ακόλουθων χαρακτηριστικών της αγοράς τεχνητού νεφρού:

α) Οι αγοραστές των προϊόντων της GAMBRO είναι πλήρως εγκλωβισμένοι (locked-in) στα προϊόντα της εταιρίας και πλήρως εξαρτημένοι από τις τιμές ανταλλακτικών που χρεώνει η GAMBRO μέσω του μοναδικού αντιπροσώπου της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Διότι:

– Τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού είναι εξαιρετικά εξειδικευμένα και δεν υπάρχει η δυνατότητα υποκατάστασης ενός εξαρτήματος, από ένα εξάρτημα παραγωγής μιας άλλης εταιρίας λόγω διαφορών στα τεχνικά χαρακτηριστικά μεταξύ των μηχανημάτων. Τα ανταλλακτικά που προορίζονται για κάθε μάρκα μηχανήματος τα παράγει και τα εμπορεύεται αποκλειστικά κάθε εταιρία που παράγει και εμπορεύεται τη συγκεκριμένη μάρκα. Επιπλέον, τόσο οι προκηρύξεις των διαγωνισμών όσο και οι συμβάσεις συντήρησης των ελληνικών δημόσιων νοσοκομείων απαιτούν τα ανταλλακτικά να είναι γνήσια και καινούργια. Έτσι αποκλείεται η χρήση μεταχειρισμένων ανταλλακτικών. Το γεγονός αυτό ισχυροποιεί τη μονοπωλιακή θέση κάθε εταιρίας κατασκευής μηχανημάτων, αφού την καθιστά τον αποκλειστικό πάροχο

¹³⁶ Για παράδειγμα, το κόστος ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής είναι πιθανώς πολύ μικρότερο από το κόστος αγοράς ενός ρολογιού πολυτελείας, γεγονός που μειώνει την πιθανότητα ένας καταναλωτής να προσπαθήσει να αγοράσει ένα άλλο ρολόι στην περίπτωση που μία κατασκευάστρια εταιρεία προσπαθούσε να αυξήσει την τιμή των ανταλλακτικών της. Από την άλλη μεριά, η ύπαρξη μιας υγιούς αγοράς μεταχειρισμένων ρολογιών είναι πιθανό να κάνει ευκολότερη την απόφαση ενός καταναλωτή να προσπαθήσει να αλλάξει ρολόι.

των ανταλλακτικών των μηχανημάτων της. Δεν υπάρχει, με άλλα λόγια, κανένας ανταγωνισμός στο επίπεδο της εμπορίας ανταλλακτικών.

– Η εταιρία GAMBRO, παρέχοντας την αποκλειστική διανομή και προμήθεια των ανταλλακτικών στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αποκλείει και οποιονδήποτε ανταγωνισμό στο επίπεδο εμπορίας των ανταλλακτικών αυτών στεγανοποιώντας πλήρως την ελληνική αγορά. Έτσι δεν είναι δυνατή η απευθείας εισαγωγή ανταλλακτικών από την GAMBRO, αλλά ούτε και η παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών από άλλες πηγές προμήθειας.

β) Αδυναμία αντικατάστασης μηχανήματος με άλλο, επειδή:

– Το κόστος ανταλλακτικών σε σχέση με το κόστος αγοράς του μηχανήματος είναι πάρα πολύ μικρό. Άρα, μία μικρή σχετικά αύξηση των τιμών ανταλλακτικών πολύ δύσκολα θα οδηγούσε ένα νοσοκομείο στην αγορά ενός καινούριου μηχανήματος τεχνητού νεφρού.

– Ειδικά για τα δημόσια νοσοκομεία είναι τέτοιοι οι **περιορισμοί του κανονιστικού και ρυθμιστικού πλαισίου λειτουργίας τους** που καθιστούν σχεδόν αδύνατη μια αλλαγή μηχανήματος νωρίτερα από μία δεκαετία από την αγορά του (με τις πιο συντηρητικές εκτιμήσεις). Σε κάθε περίπτωση, η καταγγέλλουσα αναφέρει ότι τέτοια συμπεριφορά από δημόσιο νοσοκομείο δεν έχει παρατηρηθεί μέχρι σήμερα. Για όλους αυτούς τους λόγους, το κόστος αλλαγής (switching cost) του κύριου προϊόντος στην αγορά αυτή είναι εξαιρετικά υψηλό.

97. Στη συνέχεια η μελέτη αναφέρεται στη δυνατότητα του νοσοκομείου να προφυλαχθεί από αυξήσεις στις τιμές των ανταλλακτικών χρησιμοποιώντας «*την εκτίμηση του κόστους των ανταλλακτικών (κατά την κατάθεση της προσφοράς μίας εταιρείας στο διαγωνισμό) ως τιμή οροφής*». Σύμφωνα με τη μελέτη κάτι τέτοιο δεν ισχύει για τους ακόλουθους λόγους:

α) η εταιρία GAMBRO μονοπωλώντας την αγορά ανταλλακτικών των μηχανημάτων της, μέσω του ορισμού αποκλειστικού διανομέα και προμηθευτή και στεγανοποιώντας πλήρως την ελληνική αγορά από παράλληλες ευρωπαϊκές εισαγωγές, στοχεύει στην πλήρη εξάλειψη του ανταγωνισμού στις δευτερεύουσες αγορές με σκοπό την πιο αποτελεσματική άσκηση πολιτικής διακριτών τιμών. Η GAMBRO αποκλείει τον ανταγωνισμό στη δευτερεύουσα αγορά ανταλλακτικών προκειμένου να μην αναγκαστεί να μειώσει τις τιμές των ανταλλακτικών της (και άρα χάσει μία σημαντική πηγή κερδών), αλλά και να διατηρήσει τη δυνατότητά της να χρεώνει διαφορετικές τιμές στους καταναλωτές της με βάση τη διάθεση πληρωμής τους.

Νοσοκομεία-πελάτες με υψηλή διάθεση πληρωμής για ένα μηχάνημα νεφρού σημαίνει ότι θα κάνουν μεγάλη χρήση του μηχανήματος αυτού και άρα θα καταναλώσουν και περισσότερα ανταλλακτικά. Η GAMBRO αντιμετωπίζοντας ανταγωνισμό στην πρωτογενή αγορά και μη μπορώντας να ξεχωρίσει μεταξύ καταναλωτών με διαφορετική διάθεση πληρωμής δεν είναι σε θέση να ασκήσει πολιτική διακριτών τιμών στην αγορά αυτή. Εν αντιθέσει, μονοπωλώντας τη δευτερεύουσα αγορά των ανταλλακτικών, είναι σε θέση να διακρίνει τον πελάτη που κάνει μεγάλη χρήση του μηχανήματος (και άρα έχει μεγαλύτερη διάθεση πληρωμής) και να χρεώσει μία διαφορετική τιμή για το «πακέτο» των προϊόντων (μηχάνημα και ανταλλακτικά) και να αποσπάσει ένα μεγαλύτερο τμήμα του πλεονάσματος των καταναλωτών. Η δυνητική ύπαρξη ανταγωνισμού στη δευτερεύουσα αγορά ανταλλακτικών θα στερούσε τη δυνατότητα διακριτής τιμολόγησης και άρα αύξησης των κερδών για την GAMBRO. Επομένως, έχει κάθε κίνητρο να μονοπωλήσει πλήρως την αγορά αυτή.

β) Η GAMBRO μονοπωλώντας τις δευτερεύουσες αγορές ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων της, έχει δυνατότητα να ελέγχει πλήρως

όχι μόνο τις τιμές των αγορών αυτών, αλλά και την ποιότητα των μηχανημάτων της. Μπορεί, με άλλα λόγια, να επηρεάζει άμεσα την υποκαταστασιμότητα μεταξύ παλαιών και νέων μηχανημάτων ή, διαφορετικά, το κίνητρο που έχει ένα νοσοκομείο να αγοράσει ένα νέο μηχάνημα προς αντικατάσταση αυτού που ήδη έχει. Έτσι, για παράδειγμα, μειώνοντας την ποιότητα των ήδη πωληθέντων μηχανημάτων η GAMBRO είναι σε θέση να αυξήσει τη διάθεση πληρωμής ενός αγοραστή για ένα νέο μηχάνημα. Αυτό με τη σειρά του δίνει στη GAMBRO τη δυνατότητα να αυξήσει τις τιμές των νέων προς πώληση μηχανημάτων της¹³⁷. Επομένως, μονοπωλώντας τις δευτερεύουσες αγορές η GAMBRO αποκτά τον έλεγχο δύο εργαλείων (τιμή και ποιότητα) που μπορεί να χρησιμοποιήσει προς το συμφέρον της.

γ) Οι εκτιμήσεις του κόστους των ανταλλακτικών έχουν συνήθως ορίζοντα μίας δεκαετίας. Από την άλλη μεριά όμως, η ωφέλιμη ζωή ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού πολλές φορές φθάνει και ξεπερνά τα 25 χρόνια. Επομένως, ακόμα και εάν υποθεθεί ότι η εκτίμηση του κόστους των ανταλλακτικών μπορεί να λειτουργήσει δεσμευτικά για την επιχείρηση που καταθέτει την αρχική προσφορά, υπάρχει μεγάλο χρονικό περιθώριο μετά τη χρονική λήξη της προσφοράς που δυνητικά θα μπορούσε να εκμεταλλευτεί μία επιχείρηση και να αυξήσει τις τιμές των ανταλλακτικών.

δ) Από τη στιγμή που ένα νοσοκομείο αγοράσει ένα μηχάνημα είναι σε πολύ μεγάλο βαθμό εγκλωβισμένο σε αυτή του την αγορά και η επιχείρηση-πωλητής έχει σαφές κίνητρο να εκμεταλλευτεί αυτή την κατάσταση. Η πιο σημαντική παράμετρος είναι ότι το νοσοκομείο εισέρχεται οικειοθελώς σε αυτή την εμπορική συναλλαγή γνωρίζοντας πολύ καλά ότι η τιμή χρέωσης στη δευτερογενή αγορά θα είναι πολύ υψηλότερη του κόστους.

98. Τέλος, σύμφωνα με την μελέτη, και πέραν των όσων προεκτέθηκαν, «η ισχυρότερη ένδειξη ότι η δευτερεύουσα αυτή αγορά είναι διακριτή και αυτοτελής από την αγορά των πρωτογενών μηχανημάτων είναι το γεγονός ότι υπάρχουν επιχειρήσεις (όπως η ΣΕΡΚΟ) που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά και μόνο στην αγορά συντήρησης & επισκευής τα τελευταία τριάντα χρόνια.

Επιπλέον, εξίσου σημαντικό είναι το γεγονός ότι πολλά νοσοκομεία προκηρύσσουν διαγωνισμούς με αποκλειστικό αντικείμενο τη συντήρηση & επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού. Το ίδιο ισχύει και σε νοσοκομεία σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση. Με άλλα λόγια, στα μάτια των κύριων αγοραστών των μηχανημάτων αυτών και παρά το γεγονός ότι κατά την αγορά ενός μηχανήματος συλλέγουν πληροφορίες και για το κόστος των συμπληρωματικών αγαθών και υπηρεσιών, οι δύο αυτές αγορές είναι διακριτές και δεν υπάρχει κανένας απολύτως (τεχνολογικός ή άλλος) λόγος για τον οποίο η εταιρεία από την οποία αγοράζουν το κύριο προϊόν να είναι αυτή από την οποία θα προμηθευτούν και τα συμπληρωματικά αγαθά και υπηρεσίες»¹³⁸.

99. Περαιτέρω, η ΣΕΡΚΟ ως απόδειξη της θέσης της αναφορικά με την ύπαρξη διακριτής αγοράς επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων, επικαλείται τους όρους συγκεκριμένων διακηρύξεων για επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων, στις οποίες, μεταξύ άλλων, προβλέπονται τα εξής¹³⁹:

(i) «Η προσφερόμενη τιμή ετήσιας συντήρησης δεσμεύει τον προμηθευτή για τα επόμενα επτά (7) χρόνια τουλάχιστον από τον χρόνο λήξης της εγγύησης των τριών ετών

¹³⁷ Hendel, Igal and Alessandro Lizzeri (1999), "Interfering with Secondary Markets", Rand Journal of Economics, Spring, 30:1, σελ. 1-21.

¹³⁸ Το ίδιο επιχείρημα αναφέρεται και στην υπ' αριθ. πρωτ. 5858/5.10.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

¹³⁹ Βλ. σχετικά την υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

και εφόσον το Νοσοκομείο ζητήσει τη σύναψη σχετικής σύμβασης συντήρησης χωρίς όμως να δεσμεύεται αυτό το ίδιο¹⁴⁰».

(ii) «Ο ανάδοχος υποχρεούται να πραγματοποιήσει την πλήρη εκπαίδευση του αντίστοιχου προσωπικού του Νοσοκομείου» χρήστες και τεχνικούς¹⁴¹».

(iii) «Μετά τη λήξη του ως άνω χρόνου εγγύησης λειτουργίας, ο ανάδοχος υποχρεώνεται, εφόσον το επιθυμεί η Αναθέτουσα Αρχή, να αναλάβει τη συντήρηση και την επισκευή των μηχανημάτων¹⁴²».

100. Σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους, καθώς και με αντίστοιχους που παρατηρούνται σε άλλες διακηρύξεις¹⁴³, η ΣΕΡΚΟ καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «ο αγοραστής των μηχανημάτων / αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται ούτε από την προσφερόμενη τιμή ετήσιας συντήρησης ούτε ως προς την επιλογή του συνεργείου συντηρήσεως. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή δεσμεύει τον πωλητή του μηχανήματος για τα επόμενα επτά (7) χρόνια από τη λήξη της εγγύησης, εφόσον το Νοσοκομείο ζητήσει τη σύναψη σχετικής σύμβασης συντήρησης χωρίς όμως να δεσμεύεται αυτό το ίδιο, γι' αυτό και μετά το χρόνο εγγύησης διενεργεί δημόσιους διαγωνισμούς για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων Gambro». Ως εκ τούτου, προκύπτει αβίαστα, κατά τη ΣΕΡΚΟ, η πλήρης διακριτικότητα των αγορών μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών.

101. Τέλος, η ΣΕΡΚΟ αναφέρει ότι βάσει της νομολογίας της Ε.Α. (βλ. την υπ' αριθ. 103/1998 απόφαση της Ε.Α.), η αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και αναλώσιμων είναι διακριτές, καθώς και της Ε.Επ. (βλ. προαναφερόμενη απόφαση Μ.6851), η οποία αφήνει ανοιχτό το ενδεχόμενο η αγορά των αναλώσιμων να είναι διακριτή από αυτή των μηχανημάτων, γεγονός που δεν αμφισβητείται, δεδομένου ότι όπως προκύπτει και από την πλειοψηφία των διακηρύξεων, τα αναλώσιμα δεν πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο και άρα δεν απαιτείται να είναι της ίδιας εταιρίας.

Η θέση των καταγγελλόμενων

102. Από την άλλη πλευρά, τόσο η **ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ**¹⁴⁴ όσο και η **GAMBRO**¹⁴⁵, αλλά και η **ΜΠΑΞΤΕΡ**¹⁴⁶, υποστηρίζουν ότι η αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και οι αγορές ανταλλακτικών και παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού συνιστούν μία **ενιαία αγορά**¹⁴⁷. Κατά την άποψή τους δεν τίθεται ζήτημα πρωτογενούς και δευτερογενών αγορών, αλλά το μηχανήμα, τα ανταλλακτικά και η υπηρεσία συντήρησης αυτών αποτελούν μια **δέσμη**

¹⁴⁰ Βλ. την με ημερομηνία 4.6.2013 Διακήρυξη του Νοσοκομείου Ιπποκράτειου, άρθρο 19.4 (1), σελ. 41.

¹⁴¹ Βλ. την με ημερομηνία 4.6.2013 Διακήρυξη του Νοσοκομείου Ιπποκράτειου, άρθρο 24.2 (β), (γ), σελ. 47.

¹⁴² Βλ. την με ημερομηνία 4.6.2013 Διακήρυξη του Νοσοκομείου Ιπποκράτειου, άρθρο 3.5, σελ. 53.

¹⁴³ Βλ. ενδεικτικά τη Διακήρυξη με ημερομηνία 23.11.2011 του Νοσοκομείου Αττικών.

¹⁴⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/18.3.2015 επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

¹⁴⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.4.2015 επιστολή της GAMBRO στην οποία αναφέρει «.. δεν υπάρχει διάκριση πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς ούτε μεταξύ μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αφενός και ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αφετέρου, ούτε μεταξύ ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού αφενός και επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων αυτών αφετέρου.»

¹⁴⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.9.2017 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

¹⁴⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και υπ' αριθ. πρωτ. 3765/24.4.2012 επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ: «Όπως σας είναι γνωστό από προηγούμενες ελεγκτικές ενέργειες, υποθέσεις και αποφάσεις της Επιτροπής, ούτε στον κλάδο του τεχνητού νεφρού, ούτε σε κάποια άλλη αγορά προηγμένων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, και δη κρίσιμων για τη ζωή και την υγεία, δεν ανευρίσκονται «διακριτές» αγορές μηχανημάτων, αναλώσιμων, υπηρεσιών κλπ, ώστε να εκδηλώνεται ενδοσηματικός ανταγωνισμός, την ύπαρξη του οποίου εφάρχε μόνη, κατά παγκόσμια πρωτοτυπία, η πρώην εργολάβος μας, για να μας εκβιάσει».

προϊόντων και υπηρεσίας, διότι όπως υποστηρίζει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ «(1) τελούν σε τέτοια σχέση νομικής και πραγματικής ενότητας, ώστε τη σχετική αγορά προϊόντος να προσδιορίζει μόνο το όλον, και όχι τα μέρη και (2) κανένας κατασκευαστής, ούτε η Gambro, ούτε κάποιος από τους ανταγωνιστές της, δε διαθέτει, ούτε δικαιούται ή θα μπορούσε να [τα] διαθέτει, μεμονωμένα ή προς «ελεύθερη μεταπώληση»¹⁴⁸.

103. Συγκεκριμένα, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στηρίζει την άποψή της:

(1) **στη λειτουργική αλληλεξάρτηση των συστατικών της δέσμης**: κάθε ανταλλακτικό χρησιμοποιείται σε συγκεκριμένο μόνο μηχάνημα, και για κανένα άλλο, το μηχάνημα απαιτεί συγκεκριμένο λογισμικό για να λειτουργήσει και οι τεχνικές υπηρεσίες (εγκατάσταση, συντήρηση, αναβάθμιση και επισκευή υλικών και λογισμικού) παρέχονται μετά από ειδική και διαρκή εκπαίδευση και επανεκπαίδευση και ενημέρωση από τον κατασκευαστή και με διαρκή και σε πραγματικό χρόνο πρόσβαση στα πληροφοριακά του συστήματα,

(2) **στη νομοθεσία περί υλικοεπαγρύπνισης**, η οποία με τη σειρά της προσδιορίζει με τρόπο αναγκαστικό το αντικείμενο της ζήτησης, δηλ. δεν επιτρέπεται να ζητήσει οιοσδήποτε το ρυθμισμένο προϊόν – λχ μηχάνημα - χωρίς τη δέσμη ανταλλακτικών, λογισμικού (που καλύπτεται από δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας), λοιπών δικαιωμάτων (λχ τα κατασκευαστικά σχέδια) και υπηρεσιών που παρέχονται μόνον από πρόσωπα με συγκεκριμένες ιδιότητες και σχέσεις (λχ εκπαίδευση, μετεκπαίδευση, πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα του κατασκευαστή),

(3) **στην προσφορά** (που πρόδηλα διαμορφώνεται όχι εκούσια, αλλά σε συμμόρφωση προς την ως άνω νομοθεσία), ως προς την οποία από την Απόφαση της Ε.Επ. Μ.6851 ΒΑΧΤΕΡ – ΓΑΜΒΡΟ, προκύπτει πλήρως ότι εκδηλώνεται ενιαία για όλα τα συστατικά της δέσμης, και πάντως ενιαία για μηχανήματα, τα ανταλλακτικά τους, και τις επ' αυτών τεχνικές υπηρεσίες,

(4) **στη ζήτηση** που πράγματι εκδηλώνεται¹⁴⁹, και η οποία:

(i) δεν θα μπορούσε (τόσο γιατί δεν θα ήταν χρήσιμο για την εξυπηρέτηση κάποιας σταθερής ανάγκης όσο και γιατί δεν επιτρέπεται από τον νόμο) παρά να αφορά τη δέσμη των προαναφερόμενων προϊόντων, και όχι κάποιο μεμονωμένο συστατικό αυτής,

(ii) επιβάλλει πολυετείς συμβατικές και νόμιμες δεσμεύσεις και υποχρεώσεις στον προμηθευτή¹⁵⁰.

104. Αναφορικά με το ενιαίο των αγορών και την ύπαρξη ενός συστήματος προϊόντων, η ΓΑΜΒΡΟ υποστηρίζει ότι δεν υπάρχουν στην αγορά ξεχωριστοί (διαφορετικοί) πελάτες για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού (ΓΑΜΒΡΟ ή άλλων) και ξεχωριστοί για τα ανταλλακτικά αυτών. Οι ίδιοι καταναλωτές που έχουν αγοράσει τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού ενός κατασκευαστή, είναι και εκείνοι που αγοράζουν και τα αναγκαία για τη συντήρησή τους ανταλλακτικά, του ίδιου κατασκευαστή. Όποιος καταναλωτής (δημόσιο νοσοκομείο ή άλλος) έχει στην κατοχή του και κάνει χρήση μηχανήματος τεχνητού νεφρού, οποιουδήποτε κατασκευαστή, είναι κατ' ουσία δεσμευμένος να προμηθεύεται και να κάνει χρήση των ανταλλακτικών του ίδιου κατασκευαστή και μάλιστα για τον συγκεκριμένο τύπο μηχανήματος, καθώς και

¹⁴⁸ Υπ' αριθ. 1913/18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (παρ. 102).

¹⁴⁹ Ενδεικτικά αναφέρονται οι προκηρύξεις του ΓΝ Ιπποκράτειο Θεσσαλονίκης από 04.06.2013 (Συν/νο 33) και του Πανεπιστημιακού Νοσοκομείου Αττικών από 23.11.2012 (Συν/νο 33.1) στην υπ' αριθ. πρωτ. 1913/18.03.2015 επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

¹⁵⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (υπό §§051 και 052).

συντήρηση από ειδικά αναγνωρισμένο και εκπαιδευμένο από την κατασκευάστρια εταιρία συντηρητή-επισκευαστή. Από τη στιγμή, που κατά τα συναλλακτικά ήθη στον οικείο χώρο συναλλαγών το κόστος των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής συμπεριλαμβάνεται στην πρόταση πώλησης και λαμβάνεται υπόψη από τον υποψήφιο αγοραστή, είναι πρόδηλο ότι τόσο η δραστηριότητα της εμπορίας των ανταλλακτικών όσο και της παροχής υπηρεσιών επισκευής είναι απολύτως συνδεδεμένες με την πώληση του κύριου προϊόντος και παρακολουθούν τη δραστηριότητα της εμπορίας του κύριου προϊόντος.

105. Σχετικά με τη θέση τους για τη σχετική αγορά, τόσο η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ όσο και η GAMBRO παραθέτουν επίσης σε απαντητική τους επιστολή, την ένορκη κατάθεση¹⁵¹ του [...] ([...] GAMBRO Lundia AB)¹⁵², ο οποίος αναφέρει μεταξύ άλλων¹⁵³ ότι τα συστήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO (όπως και τα αντίστοιχα ανταγωνιστικά) παρέχονται από τις κατασκευάστριες εταιρίες ως ενιαίο και αδιάσπαστο σύνολο μηχανήματος, ανταλλακτικών του μηχανήματος και διαρκών υπηρεσιών που απαιτούνται για τη επίτευξη του ιατρικού αποτελέσματος, για το οποίο αυτά προορίζονται. Αυτό είναι αναγκαίο τόσο από τη φύση του προϊόντος, καθώς θα ήταν αδύνατο για τον κατασκευαστή να εποπτεύει, να εκπαιδεύει, να παρέχει πρόσβαση σε εμπορικά μυστικά και δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας σε έναν απροσδιόριστο αριθμό ανεξάρτητων μεταπωλητών, όσο και για λόγους εύλογης κατανομής της ευθύνης, καθώς κανένας γιατρός δεν θα εισηγείτο, κανένα νοσοκομείο δεν θα προμηθευόταν και κανένας νεφροπαθής δεν θα εναπέθετε τη ζωή του σ' ένα μηχάνημα που άλλος κατασκευάζει, άλλος τροφοδοτεί με ανταλλακτικά, άλλος παρακολουθεί και εξυπηρετεί τεχνικά, άλλος επεμβαίνει στο λογισμικό του και άλλος το επισκευάζει. Περαιτέρω, αναφέρει ότι σε καμία από τις χώρες της ευθύνης του ή σε άλλη χώρα, όπου δραστηριοποιείται η Gambro (και στο μέτρο που δύναται να γνωρίζει, οιοσδήποτε άλλος οίκος) δεν υπάρχουν, ούτε δύναται να υπάρξουν ανεξάρτητοι «έμποροι» ανταλλακτικών και τεχνικών υπηρεσιών, και ούτε βεβαίως είναι δυνατόν να απαιτήσει οποιοσδήποτε να ενταχθεί στο δίκτυο του κατασκευαστή, αφού όποιος είναι ενταγμένος στο δίκτυο αυτό έχει σειρά από σοβαρές διαρκείς υποχρεώσεις.

106. Αναφορικά με τις πηγές από τις οποίες ένας επισκευαστής μηχανημάτων GAMBRO στην Ελλάδα μπορεί να προμηθευτεί γνήσια ανταλλακτικά, η GAMBRO¹⁵⁴ αναφέρει ότι: «Κατ' αρχάς επισκευαστής μηχανημάτων GAMBRO μπορεί να είναι μόνο η ίδια η GAMBRO LUNDIA AB, θυγατρική της GAMBRO AB, αποκλειστικός διανομέας της ή υπεργολάβος του τελευταίου, προκειμένου να λαμβάνει ειδική σχετική εκπαίδευση από την GAMBRO και να έχει πρόσβαση στο σύστημα τεχνικής υποστήριξης. Χωρίς αυτά τα δεδομένα κάποιος φερόμενος ως «επισκευαστής» δεν διαθέτει τις απαραίτητες τεχνικές δεξιότητες προκειμένου να είναι σε θέση να

¹⁵¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374 /15.4.2015 επιστολή της GAMBRO, Παράρτημα I, Σελίδες 4 έως 6 της κατάθεσης και υπ' αριθ. πρωτ. 1913/ 18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, σελίδα 49.

¹⁵² [...] GAMBRO Lundia AB [...].

¹⁵³ Συγκεκριμένα αναφέρει: «Τα Συστήματα TN Gambro (αλλά και τα ισοδύναμα αυτών που κατασκευάζουν άλλοι οίκοι) αποτελούν σύνθετα ιατροτεχνολογικά μηχανήματα αιχμής, κρίσιμα για τη ζωή και την υγεία, τα οποία παρέχονται από τις κατασκευάστριες εταιρείες ως ενιαίο και αδιάσπαστο σύνολο μηχανήματος, ανταλλακτικών του μηχανήματος και διαρκών υπηρεσιών που απαιτούνται για τη επίτευξη του ιατρικού αποτελέσματος, για το οποίο αυτά προορίζονται.

Μηχανήματα, ανταλλακτικά και αναλώσιμα, λογισμικό, διαρκής σύνδεση με υπολογιστικά συστήματα του κατασκευαστή και τεχνικές υπηρεσίες παρέχονται από τον ίδιο τον κατασκευαστή απευθείας, όπως λ.χ. στη Σουηδία, την Ιταλία, τη Γαλλία, την Ισπανία και τη Γερμανία, δια θυγατρικών, όπως λ.χ. στην Πολωνία και την Τουρκία, ή δι' αποκλειστικών διανομέων, όπως λ.χ. στο Ισραήλ, τη Ρωσία, τη Νότιο Αφρική και την Ελλάδα».

¹⁵⁴ Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.4.2015 επιστολή της GAMBRO, σελ. 26.

επισκευάσει, να διορθώσει ή να εκτελέσει συντήρηση σε κάποιο μηχάνημα GAMBRO, της εταιρίας μας GAMBRO LUNDIA AB».

107. Επίσης, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ παρενθετικά προσθέτει ότι: «(1) και αν ακόμα υπήρχε «διακριτή» αγορά («ανταλλακτικών και υπηρεσιών»), αυτή δεν θα ενδιέφερε τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αφού γίνεται παγίως δεκτό ότι όταν οι αγορές πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων είναι συνδεδεμένες σε υψηλό βαθμό, η ύπαρξη ανταγωνισμού στην αγορά του κύριου προϊόντος συνιστά αποτελεσματική ανταγωνιστική πίεση (*effective competitive constraint*) και στη δευτερογενή αγορά ¹⁵⁵ (2) το ίδιο το δίκαιο του ανταγωνισμού δεν γνωρίζει «ιδιαίτερη αγορά επισκευαστών», παρά μόνο στην ειδική περίπτωση των καθέτων συμβάσεων αυτοκινήτων (Κανονισμοί (ΕΚ) 1400/2002 και 2658/2000), όπου αυτό προβλέπει ειδική νομοθεσία που επιτρέπει την αντιδιαστολή προς τις γενικές διατάξεις που εφαρμόζονται στα λοιπά προϊόντα και υπηρεσίες».
108. Τέλος, οι καταγγελλόμενες επικαλούνται την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς στην προαναφερόμενη Απόφαση της Ε.Επ. Μ.6851 Baxter/ Gambro. Ειδικότερα, στην απόφαση γίνεται δεκτό ¹⁵⁶ ότι αναφορικά με τα μηχανήματα (monitors) τεχνητού νεφρού οι πελάτες αποκτούν μαζί με αυτά και τις επακόλουθες, της προμήθειας του μηχανήματος, τεχνικές υπηρεσίες συντήρησης και εκπαίδευσης του νοσοκομειακού προσωπικού για χειρισμό των μηχανημάτων είτε απευθείας από τον κατασκευαστή είτε από τον διανομέα του κατασκευαστή (ή υπεργολάβο αυτού), εκτός αν τα νοσοκομεία έχουν τα ίδια την τεχνική ικανότητα να διενεργούν τέτοιες ενέργειες εσωτερικά. Ρητά δε η Ε.Επ, εν συνεχεία, αναφέρει ότι η προμήθεια των μηχανημάτων (monitors) θα θεωρείται ότι περιλαμβάνει και την προμήθεια τέτοιου είδους υπηρεσιών (after sale services) τόσο για θεραπείες HD, όσο και CRRT ¹⁵⁷.
109. Ειδικότερα, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ επισημαίνει μεταξύ άλλων τα ακόλουθα σημεία/συμπεράσματα της προαναφερόμενης Απόφασης, για τους λόγους που δεν είναι διακριτές οι αγορές μηχανήματος – τεχνικών υπηρεσιών, αλλά ενιαία. Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η εν λόγω απόφαση:
- επιβεβαιώνει την ανυπαρξία διακριτών σχετικών αγορών για «μηχανήματα» και «υπηρεσίες επί μηχανημάτων»,
 - ερευνά (και αφήνει ανοιχτό) το ερώτημα εάν συνιστούν μία ενιαία αγορά ή διακριτές αγορές («συστημάτων») τα μηχανήματα, με τις επ' αυτών τεχνικές

¹⁵⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/ 18.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ παραπέμπει ενδεικτικά στις Αποφάσεις Ε.Ε. IV/E2/36431 Info-Lab/Ricoh, την 25η Έκθεση επί της πολιτικής ανταγωνισμού (1995) Pelikan/Kyocera, σελ. 45-46 & 142-143, COMP/C-3/39391 EFIM και παρ. 33.

Στην απάντηση επίσης γίνεται αναφορά και στην Απόφαση της Ε.Επ. (Siemens/Drägerwerk/JV), η οποία κατέληξε ότι ο βοηθητικός εξοπλισμός των ιατρικών μηχανημάτων αερισμού εντατικής θεραπείας, ο οποίος αποτελείται από εξαρτήματα μίας ή και πολλαπλών χρήσεων, συνδέεται λειτουργικά με την πώληση των θεραπευτικών μηχανημάτων και αποτελεί απαραίτητη, συμπληρωματική στην κύρια συναλλαγή, υπηρεσία προς τους πελάτες, με αποτέλεσμα «να μην απαιτείται η ανεξάρτητη εκτίμηση από άποψης ανταγωνισμού των διαφόρων δραστηριοτήτων των μερών στις αγορές του βοηθητικού εξοπλισμού για ιατρικά μηχανήματα αερισμού και συστήματα χορήγησης αναισθητικών»). Η Επιτροπή έκρινε ότι «Η θέση των μερών στις αγορές βοηθητικού εξοπλισμού εξαρτάται άμεσα από τη ανταγωνιστική τους θέση σε σχέση με τα θεραπευτικά μηχανήματα». Με βάση την ίδια απάντηση, σε επίπεδο θεωρίας του ανταγωνισμού, ακόμα και όπου μπορούν να διακριθούν αγορές «πρωτογενών» και «δευτερογενών» προϊόντων, συχνά αυτές είναι τόσο αλληλένδετες, ώστε δεν ερευνώνται χωριστά, αλλά ως ενιαίο όλο, όπως συμβαίνει ιδίως όταν, κατά την αγορά του «κύριου» προϊόντος οι πελάτες λαμβάνουν υπόψη τους τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και τις τιμές των αναλωσίμων τους. Βλ. Βρετανική Αρχή του Ανταγωνισμού (Office of Fair Trade) - OFT CA98/6/2001 ICL/Synstar.

¹⁵⁶ Βλ υποσημείωση 27 της απόφασης Μ. 6851 Baxter/ Gambro.

¹⁵⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374 /15.4.2015 επιστολή της GAMBRO.

υπηρεσίες και τα αναλώσιμα, και μετ' ενδελεχή ανάλυση ανταγωνισμού επιβεβαιώνει την ανυπαρξία δεσπόζουσας θέσης της Gambro υπό αμφοτέρως τις υποθέσεις, δηλαδή είτε εξετάζεται μία ενιαία σχετική αγορά, είτε διακριτές σχετικές αγορές για τις αντίστοιχες δέσμες προϊόντων και υπηρεσιών και προϊόντων μόνο,

– βεβαίωσε την ανυπαρξία ενδοσηματικού ανταγωνισμού, καθώς οι κατασκευαστές και ιδίως τα μέρη της συγκέντρωσης προμηθεύουν προϊόντα και υπηρεσίες είτε απευθείας (δηλαδή μέσω εταιριών που ανήκουν στον όμιλο καθενός) είτε διά διανομέως, ανάλογα με τη χώρα¹⁵⁸,

– διέγνωσε δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά CRRT επιβάλλοντας ως ουσιώδεις όρους για την έγκριση της συγκέντρωσης τη διασφάλιση της ενιαίας προμήθειας μηχανημάτων και τεχνικών υπηρεσιών:

(i) με την τοπική παρουσία του αγοραστή ειδικά για την παροχή τεχνικών υπηρεσιών, στα μεταβιβαζόμενα συστήματα, μονάδες κατασκευής και έρευνας & ανάπτυξης κ.ο.κ.¹⁵⁹,

(ii) με την μεταβίβαση εκπαιδευμένου τεχνικού προσωπικού ως ουσιώδους τμήματος¹⁶⁰,

ακριβώς προκειμένου να διασφαλίσει ότι οι τεχνικές υπηρεσίες θα παρέχονται πράγματι στο ίδιο επίπεδο, όπως και προ της συγκέντρωσης, έτσι ώστε να είναι δυνατό για τον αγοραστή του κλάδου να ανταγωνιστεί στην ενιαία αγορά συστημάτων CRRT, δηλαδή μηχανημάτων, εξαρτημάτων και ανταλλακτικών, και τεχνικών υπηρεσιών.

Η θέση των ανταγωνιστών

110. Υπέρ της ενιαίας οριοθέτησης της αγοράς τάσσονται και τρεις από τις τέσσερις ανταγωνίστριες του κλάδου που ρωτήθηκαν σχετικά από τη ΓΔΑ. Χαρακτηριστικά η [...] αναφέρει ότι «η πρωτογενής αγορά μηχανημάτων δεν είναι διακριτή από τις δευτερογενείς αγορές ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης τεχνητού νεφρού. Αυτό διότι τα προϊόντα της δευτερογενούς αγοράς (ανταλλακτικά κ.λ.π) σχεδιάζονται για χρήση μόνο με συγκεκριμένα μηχανήματα (primary προϊόντα). Δηλαδή τα ανταλλακτικά είναι συμβατά μόνον για χρήση με το μηχάνημα για το οποίο παράχθηκαν»¹⁶¹. Η [...] αναφέρει ότι «η αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη συντήρηση και την επισκευή των μηχανημάτων αυτών. Οι εταιρείες διαθέτουν κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, με εμπειρία στην αιμοκάθαρση και τις παραλλαγές της ... τα δε ανταλλακτικά διατίθενται από τον κατασκευαστή μέσω των επίσημων διανομέων του». Τέλος, η [...] απάντησε ότι «[α]πό την μέχρι τώρα εμπειρία μας, και συγκεκριμένα για την εταιρεία που

¹⁵⁸ Βλ. παράγραφο 68 της απόφασης Μ. 6851 Baxter/ Gambro.

¹⁵⁹ Βλ. παράγραφο 571 της απόφασης Μ. 6851 Baxter/ Gambro.

¹⁶⁰ Βλ. παράγραφο 573 της απόφασης Μ. 6851 Baxter/ Gambro.

¹⁶¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1901/18.03.2015. Στην εν λόγω επιστολή η εταιρία αναφέρει πως εξ όσων αυτή γνωρίζει υπάρχουν ιδιωτικά συνεργεία συντηρήσεως. Σε σχετική διευκρίνιση που ζήτησε η ΓΔΑ (υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2625/07.04.2016), η εταιρία απάντησε (υπ' αριθ. πρωτ. 2067/30.03.2018) ότι: «Η από 18.3.2015 απάντηση εδόθη έχοντας υπ' όψιν την εταιρεία «ΣΕΡΚΟ Ε.Π.Ε.», η οποία, εξ όσων γνωρίζαμε, διέθετε εξειδικευμένο τμήμα/συνεργείο για τεχνική υποστήριξη μηχανημάτων με το σήμα "GAMBRO". Οι προμηθευτές μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, εξ όσων γνωρίζουμε διαθέτουν οι ίδιοι τμήμα για την τεχνική υποστήριξη των μηχανημάτων που εμπορεύονται (Baxter, Gambro, Nikisso, Belco, BBrown). Για τα μηχανήματα του οίκου [...], η εταιρία μας διαθέτει ειδικό τμήμα που αναλαμβάνει την συντήρηση και επισκευή των εν λόγω μηχανημάτων. Εξ όσων γνωρίζουμε δεν υπάρχει άλλη επιχείρηση η οποία να παρέχει τεχνική υποστήριξη (υπηρεσίες συντηρήσεως) για μηχανήματα του οίκου [...]». Ωστόσο, όπως θα καταδειχθεί στη συνέχεια, από την ακροαματική διαδικασία προέκυψε ότι υπάρχει και άλλη επιχείρηση που παρέχει τεχνική υποστήριξη για το συγκεκριμένο σήμα ([...]) σε ιδιωτικές κλινικές.

αντιπροσωπεύουμε δεν γνωρίζουμε την ύπαρξη δευτερογενούς αγοράς ανταλλακτικών και επισκευής των μηχανημάτων μας. Επίσης δεν γνωρίζουμε κάτι αντίστοιχο για άλλες εταιρείες του χώρου μας».

111. Διαφορετική άποψη διατυπώνει ωστόσο η [...], η οποία θεωρεί ότι η «πρωτογενής αγορά μηχανημάτων είναι διακριτή από τις δευτερογενείς αγορές ανταλλακτικών και επισκευής των μηχανημάτων. Κάποιος μπορεί να δραστηριοποιηθεί μόνο σε μία από αυτές τις αγορές εφόσον δεν υπάρχει νομοθεσία που να το απαγορεύει»¹⁶². Επίσης θεωρεί ότι η «αγορά ανταλλακτικών είναι διακριτή από την αγορά επισκευής των μηχανημάτων» για τον ίδιο λόγο. Σε συνέχεια της απάντησης της [...], η ΓΔΑ ζήτησε από την εταιρία να διευκρινίσει τις εταιρίες επισκευής και συντήρησης ή εταιρίες πώλησης ανταλλακτικών για μηχανήματα [...] που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα και εφόσον υπάρχουν να διευκρινίσει την σχέση της με αυτές¹⁶³. Η [...] απάντησε σχετικά πως «[δ]εν υπάρχουν εταιρίες επισκευής και συντήρησης ή εταιρίες πώλησης ανταλλακτικών για μηχανήματα τεχνητού νεφρού [...], οι οποίες να δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα, πέραν της [...] Αυτό εκτιμούμε ότι οφείλεται στο μικρό αριθμό εγκατεστημένων εν λειτουργία μηχανημάτων [...] στην ελληνική αγορά. ¹⁶⁴ ... Ουδέποτε στο παρελθόν έχουμε συνεργαστεί με ανεξάρτητη συντηρήτρια εταιρία ή ανεξάρτητο συντηρητή, τόσο για Δημόσια Νοσοκομεία, όσο και για ιδιωτικά»¹⁶⁵.

Η έρευνα και η θέση της ΕΑ

Η διαδικασία προμήθειας των νοσοκομείων

112. Τα δημόσια νοσοκομεία κατά την προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ζητούν, ως επί το πλείστον, και δεσμευτικές **προσφορές σχετικά με το κόστος των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης** σε βάθος χρόνου, συνήθως δεκαετίας¹⁶⁶. Τα πρώτα δύο έως τέσσερα χρόνια καλύπτονται από την εγγύηση καλής λειτουργίας των μηχανημάτων, οπότε οι υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων και τα ανταλλακτικά παρέχονται δωρεάν¹⁶⁷.

¹⁶² Υπ' αριθ. πρωτ. 1680/06.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

¹⁶³ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 1395/02.03.2018 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

¹⁶⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 1788/16.03.2018 απαντητική επιστολή της [...], σύμφωνα με την οποία η εταιρία έχει εγκατεστημένα συνολικά [...] μηχανήματα σε [...] νοσοκομεία: [...].

¹⁶⁵ Βλ. σχετικά και το Παράρτημα Δ, στο οποίο παρατίθεται η σύμβαση [...] διανομής μεταξύ της [...].

¹⁶⁶ Βλ. από την υπ' αρ. 2962/09.05.2018 Εισήγηση ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ – ΕΡΕΥΝΑ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ, καθώς και μελέτη «Νόθευση ανταγωνισμού στην αγορά ανταλλακτικών και συντήρησης & επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ελλάδα» της εταιρίας ANALYSIS σελίδες 19, 22 (υπ' αριθ. πρωτ. 7165/20.9.2012).

¹⁶⁷ Μετά την παρέλευση του κατά περίπτωση συμφωνημένου χρονικού διαστήματος επισκευής και συντήρησης που ορίζεται στην προκήρυξη αγοράς των μηχανημάτων, στα δημόσια νοσοκομεία προκηρύσσονται διαγωνισμοί για την συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού για το υπόλοιπο του κύκλου ζωής τους. Οι περισσότερες συμβάσεις συντήρησης είναι μεικτές, δηλ. συμπεριλαμβάνουν και την προμήθεια των ανταλλακτικών. Στην περίπτωση αυτή τα νοσοκομεία πληρώνουν ένα εφάπαξ σταθερό ποσό ανά μήνα για την συντήρηση (τακτική και έκτακτη) εκάστου μηχανήματος με ανταλλακτικά που τυχόν θα απαιτηθούν.

Σύμφωνα με την προσκομισθείσα από την ΣΕΡΚΟ μελέτη «Νόθευση ανταγωνισμού στην αγορά ανταλλακτικών και συντήρησης & επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ελλάδα» της εταιρίας ANALYSIS (εφεξής μελέτη ANALYSIS), ο αριθμός των συμβάσεων με αντικείμενο αμιγώς υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής χωρίς ανταλλακτικά είναι σημαντικά μικρότερος. Σε κάθε περίπτωση ωστόσο, κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας προέκυψε ότι οι συμβάσεις με αντικείμενο αμιγώς υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής δεν αποτελούν σπάνιο φαινόμενο. Βλ. όλως ενδεικτικώς κατάθεση μάρτυρα [...] η οποία επί λέξει αναφέρει μεταξύ άλλων και τα εξής: «Λοιπόν, ο, οι διαγωνισμοί, οι επόμενοι διαγωνισμοί γίνονται, της συντήρησης, γίνονται με βάση τη σύμβαση που έχει το προηγούμενο έτος το νοσοκομείο. Δηλαδή υποθετικά μιλώντας ότι έχουμε μία συντήρηση κόστους 10.000€ το '18, ενώ έχει παρέλθει η δεκαετία, το '19 που θα πάει να κάνει ένα καινούριο διαγωνισμό, θα κάνει προϋπολογισμό την τιμή που έχει συμβασιοποιήσει το προηγούμενο διάστημα, δεν θα πάει να

113. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρει η [...], σε σχετικό ερώτημα της ΓΔΑ, από «την επισκόπηση των διακηρύξεων των διαγωνιστικών διαδικασιών που εφήρμοσαν τα Νοσοκομεία για την προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην τελευταία δεκαετία, δηλαδή στην περίοδο 2008 μέχρι σήμερα, προέκυψε ότι τα δημόσια νοσοκομεία, κατά κανόνα απαιτούν από τους υποψηφίους προμηθευτές όπως αυτοί δεσμευθούν για την ικανότητα τους να παρέχουν υπηρεσίες τεχνικής υποστηρίξεως/συντηρήσεως των μηχανημάτων και ανταλλακτικά για δέκα (10) έτη από την παράδοση των μηχανημάτων. Κυρίως σε όσες περιπτώσεις οι σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες διεξάγονται με κριτήριο κατακύρωσεως την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, ζητείται από τους υποψηφίους προμηθευτές να υποβάλουν οικονομική προσφορά για το ετήσιο κόστος συντηρήσεως των μηχανημάτων (εννοείται μετά τη λήξη της περιόδου ισχύος της εγγυήσεως), στην πλειοψηφία των περιπτώσεων μέχρις συμπλήρωσεως δεκαετίας από την παράδοση των μηχανημάτων, η οποία (προσφορά) συνεκτιμάται μετά των λοιπών κριτηρίων που ορίζονται στη διακήρυξη για την ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας προσφοράς και τη συνακόλουθη κατακύρωση του διαγωνισμού. Στην πλειοψηφία των υπόψη περιπτώσεων, στη σύμβαση αγοράς των μηχανημάτων περιλαμβάνεται και συμφωνία για την παροχή υπηρεσιών τεχνικής υποστηρίξεως (συντηρήσεως) με ανταλλακτικό, συνήθως για μια δεκαετία από την παραλαβή των μηχανημάτων, βάσει της υποβληθείσης κατά περίπτωση προσφοράς του αναδειχθέντος αναδόχου»¹⁶⁸.

αυξήσει το ποσό του προϋπολογισμού. Μπορεί να το χαμηλώσει, να το αυξήσει δεν θα το κάνει ποτέ» [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση της 06.03.2019, σελ. 94]. Βλ. επίσης κατάθεση της ίδιας μάρτυρος [σελ. 93, στο ίδιο πρακτικό] που απαντάει σε σχετική ερώτηση της συνηγόρου της GAMBRO ότι για τη συντήρηση μηχανημάτων BAXTER, εκτός της BAXTER κατεβαίνουν επίσης στους σχετικούς διαγωνισμούς η ΣΕΡΚΟ και ο ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ. Επίσης, για τους διαγωνισμούς που αφορούν αμιγώς τη συντήρηση μηχανημάτων βλ. και κατάθεση μάρτυρα [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, ό.π., σελ. 13-14]. Βλ. επίσης κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΑ Συνεδρίασης 18¹⁵, 21.02.2019, σελ. 19] («Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Ναι, όχι, δεν σας ρωτώ για τα μηχανήματα. Λέω πάντως γίνονται διαγωνισμοί αποκλειστικά και μόνο για σέρβις των μηχανημάτων που ήδη έχουν αγοραστεί. [...]: Ναι, αυτή τη στιγμή υπάρχουν. Ναι, φυσικά, γίνονται και διαγωνισμοί μόνο για σέρβις μηχανημάτων.»).

¹⁶⁸ Βλ. την υπ' αριθ. πρωτ. 2068/30.03.2018 απαντητική επιστολή της [...].

Επίσης, σχετικά η [...] αναφέρει: «Ισχύει το συγκεκριμένο συμπέρασμα [συνυπολογισμός κόστους συντήρησης για μια δεκαετία], τα τελευταία χρόνια, κυρίως στους διαγωνισμούς προμήθειας μηχανημάτων των Δημοσίων Νοσοκομείων. Η περίοδος εγγύησης καλής λειτουργίας είναι συνήθως διετής, ενώ σε κάποιες περιπτώσεις μπορεί να ζητείται και τριετής εγγύηση. Το χρονικό διάστημα για το οποίο δεσμευόμαστε ως προς την τιμή της συντήρησης είναι «10 έτη μείον την περίοδο της εγγύησης καλής λειτουργίας», ήτοι για 7 ή 8 έτη. Ωστόσο, μετά τη λήξη της περιόδου εγγύησης, τα συμβόλαια συντήρησης που ζητούν τα Νοσοκομεία είναι συνήθως ετήσια.» (υπ' αριθ. πρωτ. 1788/16.03.2018).

Αντίστοιχα η [...] αναφέρει: «Τα νοσηλευτικά ιδρύματα ζητούν από τους οίκους κατασκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, στους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν, να δεσμευτούν για την επάρκεια ανταλλακτικών για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τουλάχιστον για μία δεκαετία. Συνήθως, τα νοσηλευτικά ιδρύματα ζητούν δέσμευση σχετικά με το κόστος επισκευής και συντήρησης για τον πρώτο χρόνο μετά τη λήξη της εγγύησης που συνήθως είναι διετής. Ως επί το πλείστον, το χρονικό διάστημα για το οποίο συμφωνούνται οι τιμές επισκευής και συντήρησης και ανταλλακτικών κατά την αγορά του μηχανήματος είναι ένα (1) έτος. Το εν λόγω διάστημα επιλέγεται λόγω του ότι οι Διοικήσεις των Νοσοκομείων αποφεύγουν να υπογράψουν συμβάσεις επισκευής/συντήρησης πλέον του ενός έτους» (υπ' αριθ. πρωτ. 1774/16.03.2018).

Ενώ και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει: «Όλα τα μηχανήματα διατίθενται με εγγύηση καλής λειτουργίας, αδιάληπτης προμήθειας ανταλλακτικών και τεχνικής υποστήριξης (εγκατάστασης, συντήρησης, επισκευής, αναβάθμισης), και συχνά και επείγουσας αντικατάστασης (προμήθεια εφεδρικών μηχανημάτων άνευ δαπάνης του αγοραστή) για διαστήματα από 10 έως 15 έτη.

Εξ αυτών, τα πρώτα 2-4 έτη η εγγύηση αυτή ζητείται και παρέχεται δωρεάν, ενώ για τα επόμενα, έως τα 10 ή 15 [έτη] έναντι της προσυμφωνημένης κατά την προμήθεια του μηχανήματος αμοιβής, και περιλαμβάνει και τη διαρκή αναβάθμιση του μηχανήματος, σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστή» (υπ' αριθ. πρωτ. 1913/18.03.2015).

Σύμφωνα με τη [...], στα ιδιωτικά νοσοκομεία, αν και η προμήθεια των μηχανημάτων δεν γίνεται με τους όρους προμήθειας των δημόσιων νοσοκομείων, η παροχή υπηρεσιών τεχνικής υποστηρίξεως δεν διαφέρει από τις αντίστοιχες υπηρεσίες που παρέχονται στα δημόσια νοσοκομεία, υπό την έννοια ότι η τεχνική υποστήριξη ομοίως αναλαμβάνεται από τον προμηθευτή των μηχανημάτων και διαρκεί για όσο χρονικό διάστημα ευρίσκεται σε ισχύ η οικεία σύμβαση παραχώρησης των μηχανημάτων¹⁶⁹. Επιπλέον, με βάση την υπ' αρ. 2962/09.05.2018 Εισήγηση, σε δύο ιδιωτικές Μονάδες Χρόνιας Αιμοκάθαρσης («ΜΧΑ») η επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων πραγματοποιείται από εταιρία άλλη από την επίσημη διανομέα¹⁷⁰. Κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, επιβεβαιώθηκε η ύπαρξη και ανεξάρτητων επισκευαστών, οι οποίοι όμως δραστηριοποιούνται κυρίως σε ιδιωτικές κλινικές. Επιβεβαιωμένη συμμετοχή ανεξάρτητων επισκευαστών στα δημόσια νοσοκομεία, εντοπίζεται μόνο σε ό,τι αφορά το σήμα της GAMBRO, για το οποίο βεβαιωμένα δραστηριοποιείται εκτός της ΣΕΡΚΟ και η ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ Κ. ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ¹⁷¹.

Σχετικές υποθέσεις για τις δευτερογενείς αγορές - Νομολογία

114. Οι υποθέσεις που έχουν απασχολήσει γενικά τις Αρχές Ανταγωνισμού και αφορούν στις λεγόμενες δευτερογενείς αγορές (after markets), δηλ. υποθέσεις που αφορούν υπηρεσίες επισκευής και ανταλλακτικά που χρησιμοποιούνται μαζί με το κύριο προϊόν, αφορούν κυρίως σε αγορές όπως τα μελανοδοχεία/μελανοταινίες για τους εκτυπωτές, κάψουλες για τις μηχανές καφέ, παιχνίδια για κονσόλες, υπηρεσίες επισκευής για αυτοκίνητα, ρολόγια, κ.α¹⁷².
115. Στις υποθέσεις αυτές ο παραγωγός του αρχικού εξοπλισμού εμποδίζει τις ανεξάρτητες τρίτες επιχειρήσεις να παρέχουν υπηρεσίες επισκευής ή να πωλούν ανταλλακτικά. Ανησυχίες για την ισχύ στην αγορά εγείρονται διότι από τη στιγμή που ο καταναλωτής θα αγοράσει ένα αντιγραφικό μηχάνημα ή ένα πολύπλοκο υπολογιστικό σύστημα είναι σε ορισμένη έκταση δεσμευμένος, καθώς το «κόστος μεταπήδησης ή αλλαγής» (switching costs) που μεσολαβεί για την αγορά ενός καινούργιου κύριου προϊόντος από άλλον παραγωγό μπορεί να είναι σημαντικό. Συνεπώς ο πωλητής του αρχικού εξοπλισμού ενδέχεται να επιβάλλει τιμές πολύ πάνω από το κόστος του για όλες τις μελλοντικές υπηρεσίες επισκευής των προϊόντων του. Το ενδεχόμενο αυτό δεν θα υφίστατο εάν ήταν εφικτό να διατυπώνονται λεπτομερώς όλοι οι όροι των αρχικών συμβάσεων που θα εξειδίκευαν τις συνθήκες και τα κόστη κάθε πιθανής μελλοντικής ενέργειας τόσο εκ μέρους του πωλητή όσο και εκ μέρους του αγοραστή. Όταν οι καταναλωτές δεν είναι εξειδικευμένοι αδυνατούν να υπολογίσουν το συνολικό κόστος του προϊόντος (κύριο προϊόν, ανταλλακτικά, υπηρεσία επισκευής). Ωστόσο, αυτό το πρόβλημα είναι λιγότερο έντονο στις περιπτώσεις επαναλαμβανόμενων αγορών αναλωσίμων, καθώς οι καταναλωτές μπορούν ευκολότερα να υπολογίσουν τα σχετικά κόστη. Επίσης, τα

¹⁶⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 2068/30.03.2018 απαντητική επιστολή της [...].

Επίσης, η [...] αναφέρει: «Στα ιδιωτικά Νοσοκομεία, η ζητούμενη περίοδος δέσμευσης είναι 5 χρόνια και σε ελάχιστες περιπτώσεις, 7 χρόνια» (υπ' αριθ. πρωτ. 1788/16.03.2018).

Βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ – ΕΡΕΥΝΑ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ

¹⁷⁰ Ήτοι οι [...] και [...] (βλ. και Παράρτημα Δ).

¹⁷¹ Βλ. και κατάθεση μάρτυρα [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίαση της 21.02.2019].

¹⁷² Βλ. και Competition Issues in Aftermarkets - Note from the European Union, DAF/COMP/WD(2017)3, OECD, 21-23.06.2017. Βλ. Ενδεικτικά υποθέσεις: IV/34.330 – Pelikan/Kyocera (1999), Novo Nordisk (1996)5, Digital case (1997)6, IBM Mainframes Maintenance case (2011), IV/E 2/36.431 – Info-Lab/Ricoh, COMP/C-3/39.391 EFIM, 238/87 VOLVO/VENG, European Confederation of Watch & Clock Repairers' Associations (CEAHR), Hilti, Hugin, KODAK.

- αντιανταγωνιστικά χαρακτηριστικά είναι περισσότερα, όταν το κόστος κτήσης του κύριου προϊόντος είναι αρκετά μεγαλύτερο από το κόστος των αναλωσίμων και άρα είναι πολύ δύσκολη η αλλαγή του κύριου προϊόντος¹⁷³.
116. Σε κάθε περίπτωση, εάν το κόστος μεταπήδησης ή αλλαγής του κύριου προϊόντος για μεγάλο μέρος των καταναλωτών είναι χαμηλό και η αγορά του αρχικού εξοπλισμού (λχ οι εκτυπωτές ή τα φωτοαντιγραφικά μηχανήματα) είναι ανταγωνιστική, δεν υπάρχει πρόβλημα εκμετάλλευσης των εξαρτημένων παλιών πελατών. Ως εκ τούτου, ακόμα και αν ο κατασκευαστής έχει ισχύ στη δευτερογενή αγορά, δεν μπορεί να την ασκήσει, αφού η ζήτηση των προϊόντων από τους μελλοντικούς καταναλωτές θα επηρεαστεί αρνητικά από τις τρέχουσες τιμές που χρεώνονται για τις υπηρεσίες στις δευτερογενείς αγορές, αν αυτές βρίσκονται πάνω από το επίπεδο που υπαγορεύει ο ανταγωνισμός, οπότε αν ίσχυε αυτή η τελευταία περίπτωση θα οδηγούνταν σε απώλεια μεριδίου αγοράς στην πρωτογενή αγορά.
117. Το βασικό ζήτημα στις υποθέσεις αυτές που αφορούν τα δευτερογενή προϊόντα είναι εάν ο πελάτης πριν προβεί στην αγορά κάποιου προϊόντος, λαμβάνει υπόψη το κόστος του συνολικού κύκλου ζωής του προϊόντος που αγοράζει. Για τους λόγους αυτούς η Ε.Επ. σε μία σειρά από υποθέσεις που αφορούσαν κυρίως εκτυπωτές, έκρινε ότι μία επιχείρηση που κατέχει υψηλά μερίδια αγοράς σε μία υποθετική στενά ορισμένη δευτερογενή αγορά αναλωσίμων, δεν διαθέτει δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά, εάν υφίσταται ανταγωνισμός στην πρωτογενή αγορά.
118. Συγκεκριμένα, στην υπόθεση *Pelican / Kyocera*, η Ε.Επ. εξήγησε ότι οι συνθήκες στην πρωτογενή αγορά ήταν τέτοιες που ο ανταγωνισμός χαλιναγωγούσε την συμπεριφορά της επιχείρησης στη δευτερογενή αγορά αναλωσίμων και πρόσθεσε ότι, ακόμα και αν η εν λόγω επιχείρηση ήταν δεσπόζουσα στη δεύτερη αγορά, η συμπεριφορά της δεν θα μπορούσε να είναι καταχρηστική, εφόσον οι καταναλωτές έχουν πλήρη γνώση του συνολικού κόστους του συστήματος (κύριο προϊόν και αναλώσιμα) κατά τη στιγμή της αγοράς¹⁷⁴. Την ίδια προσέγγιση ακολούθησε η Ε.Επ. και στις υποθέσεις *Info Lab / Ricoh*¹⁷⁵ και *EFIM*¹⁷⁶. Οι πελάτες διέθεταν επαρκείς πληροφορίες σχετικά με τις τιμές των αναλωσίμων υλικών και τις λάμβαναν υπόψη κατά τη λήψη απόφασης για την προμήθεια εκτυπωτή, καθώς το «συνολικό κόστος ανά σελίδα» ήταν ένα από τα πλέον καθοριστικά κριτήρια για τους πελάτες κατά την επιλογή εκτυπωτή. Επομένως, «η υπάρχουσα βάση των πελατών φαίνεται να είναι προστατευμένη από εκμεταλλευτική συμπεριφορά μέσω της προσεκτικής ματιάς των νέων πελατών»¹⁷⁷.
119. Η παραπάνω προσέγγιση επικυρώθηκε και από το ΓενΔΕΕ στην υπόθεση *EFIM* που αφορούσε εκτυπωτές και μελανοδοχεία. Παρά την ολιγοπωλιακή δομή της πρωτογενούς αγοράς, ο υπάρχων ανταγωνισμός εκεί ουσιαστικά απέτρεπε τη δεσπόζουσα θέση στις δευτερογενείς αγορές¹⁷⁸. Κατά την Ε.Επ. η δεσπόζουσα θέση στη δευτερογενή αγορά πρέπει να αποκλείεται, όταν α) ο πελάτης έχει πλήρη γνώση του συνολικού κόστους του συστήματος (κύριο προϊόν και αναλώσιμα) κατά τη στιγμή της αγοράς, β) είναι πιθανό να λάβει μία τέτοια ορθολογική απόφαση, γ) ένας σημαντικός αριθμός πελατών θα μετέβαλλαν την αγοραστική τους συμπεριφορά στη

¹⁷³ Βλ. και Δ. Τζουγανάτο (επιμ.) Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Δεύτερο Κεφάλαιο «Καταχρηστική Εκμετάλλευση Δεσπόζουσας Θέσης», Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 518-521.

¹⁷⁴ Ε.Επ, XXVη Έκθεση επί της πολιτικής ανταγωνισμού, παρ. 86 και 87.

¹⁷⁵ Ε.Επ, XXIXη Έκθεση επί της πολιτικής ανταγωνισμού, σελ. 169,

¹⁷⁶ Απόφαση Ε.Επ., COMP/C-3/39.391-EFIM, 20.05.2009.

¹⁷⁷ EC COMPETITION POLICY NEWSLETTER, 1998-1, σελ. 35-37.

¹⁷⁸ ΓενΔΕΕ: T-296/09, European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) κατά Ε.Επ, 24.11.2011, σκ. 60.

δευτερογενή αγορά σε περίπτωση προφανούς καταχρηστικής εκμετάλλευσης και δ) η μεταπήδηση αυτή μπορεί να λάβει χώρα σε ένα λογικό χρονικό διάστημα^{179, 180}.

120. Στην υπόθεση *CEAHR*¹⁸¹, κατά την Ε.Επ. τα εκεί επίμαχα προϊόντα/υπηρεσίες, πρωτογενή (ωρολόγια πολυτελείας) και δευτερογενή (ανταλλακτικά, υπηρεσίες μετά την πώληση), ανήκουν σε μία ενιαία αγορά. Το ΓενΔΕΕ εξέτασε το κόστος της παροχής υπηρεσιών μετά την πώληση επί της διάρκειας ζωής των ωρολογίων, το οποίο ήταν, σύμφωνα με την έρευνα της Ε.Επ, αμελητέο, συγκρινόμενο με το αρχικό κόστος του ωρολογίου, ο καταναλωτής το θεωρούσε ασήμαντο στοιχείο της συνολικής τιμής, ήταν ελάχιστα πιθανό οι δυνητικοί αγοραστές να υπολογίζουν το κόστος αυτό για όλη τη διάρκεια ζωής του ωρολογίου προκειμένου να προχωρήσουν σε αγορά, ενώ σε μία μέτρια αύξηση της τιμής των δευτερογενών προϊόντων θα παρέμενε αμελητέο ποσό σε σχέση με την τιμή που θα έπρεπε να καταβληθεί για την αγορά ενός νέου ωρολογίου από έναν καταναλωτή που κατείχε ήδη το πρωτογενές προϊόν και συνεπώς δεν ήταν δυνατόν ευλόγως να αναμένεται ότι αντιδρώντας σε μία τέτοια αύξηση, αρκετοί καταναλωτές θα στρέφονταν πράγματι στην αγορά ενός πρωτογενούς προϊόντος άλλου σήματος, με αποτέλεσμα μία τέτοια επιχειρούμενη αύξηση να μην είναι αποδοτική.
121. Περαιτέρω, στο πλαίσιο των υποθέσεων *Hilti* και *Michelin*, αλλά και της προαναφερόμενης υπόθεσης *CEAHR*, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη ότι στις υπό εξέταση αγορές των δευτερογενών προϊόντων/υπηρεσιών, τόσο του υπό κρίση σήματος, όσο και άλλων σημάτων, δραστηριοποιούνταν ανεξάρτητοι κατασκευαστές/επισκευαστές, γεγονός που αυτοτελώς και συνδυαζόμενο προς τις λοιπές συνθήκες στην αγορά, ελήφθη υπόψη ως ισχυρή ένδειξη υπέρ της διάκρισης των αγορών¹⁸².
122. Επιπρόσθετα, στην υπόθεση *Hugin*¹⁸³, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του το γεγονός ότι ο αγοραστής του πρωτογενούς προϊόντος (χρήστης ταμειακής μηχανής) δεν ήταν επίσης υπεύθυνος για την αγορά και του δευτερογενούς προϊόντος των ανταλλακτικών, αλλά η αγορά αυτή γινόταν από ανεξάρτητες επιχειρήσεις επισκευαστών, με αποτέλεσμα να καθίσταται ελάχιστα πιθανό η απόφαση περί της

¹⁷⁹ Απόφαση Ε.Επ., COMP/C-3/39.391-EFIM, 20.05.2009, σκ. 16.

¹⁸⁰ Πρβλ. και Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς (2010/C 130/01), παρ. 91.

¹⁸¹ ΓενΔΕΕ T-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2010, σελ. II-5865. Η υπόθεση αφορούσε σε προσφυγή ανεξάρτητων επισκευαστών ωρολογίων πολυτελείας ή γοήτρου κατά απόφασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (ΕΕ), με την οποία η τελευταία απέρριψε την καταγγελία τους σε βάρος κατασκευαστών ελβετικών ωρολογίων για συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ τους, αλλά και κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, πρακτικές απορρέουσες από την άρνηση των κατασκευαστών να προμηθεύουν ανταλλακτικά στους καταγγέλλοντες. Στην εν λόγω απόφασή της, η ΕΕ έκρινε ότι η αγορά των ωρολογίων συμπεριελάμβανε και τις υπηρεσίες επισκευής και συντήρησής τους. Ακολούθως, το ΓενΔΕΕ έταμε ενδελεχώς το αναφερόμενο ζήτημα σχετικά με τον καθορισμό των αγορών και απεφάνθη ότι η σχετική εκτίμηση της ΕΕ ήταν λανθασμένη, δυνάμει να θίξει τη συνολική εκτίμησή της σχετικά με την καταγγελία και ακύρωσε την απόφαση της ΕΕ. Βλ. ΓενΔΕΕ T-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 79. Σημειωτέον ότι, ενόψει των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης υπόθεσης, το Δικαστήριο έκρινε ότι η διαπίστωση δεν θα μπορούσε εν προκειμένω να στηριχτεί στη δυνατότητα υποκατάστασης μεταξύ δευτερογενών προϊόντων διαφορετικών σημάτων, καθόσον δεν προέκυπε από την ανάλυση της ΕΕ ότι υπήρχε τέτοια εναλλαξιμότητα, ενώ παρέχονταν και ενδείξεις περί του αντιθέτου (βλ. ο.π. σκ. 84-90). Λαμβάνοντας υπόψη τις σκέψεις του Γενικού Δικαστηρίου, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε επί της υπόθεσης τη νεότερη απόφαση της C (2014) 5462, AT.39097- Watch Repair, με την επανεκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, εδέχθη ως διακριτές τις αγορές κύριων και δευτερογενών προϊόντων, ωστόσο απέρριψε και πάλι την καταγγελία για παράβαση των άρθρων 101 και 102, με το σκεπτικό που περιλαμβάνεται σ' αυτή και επικυρώθηκε από το ΓενΔΕΕ με την υπ' αριθ. T-712/14 απόφασή του.

¹⁸² ΓενΔΕΕ T-30/89, *Hilti κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. II-1439, σκ. 67, ΓενΔΕΕ T-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 112.

¹⁸³ ΔΕΚ 22/78 *Hugin* κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979, σελ. I-1869, σκ. 4-10.

αγοράς του πρωτογενούς να επηρεάζεται από την τιμή που άλλος θα πλήρωνε στη δευτερογενή αγορά.

123. Στην Απόφαση δε συγκέντρωσης της Ε.Επ. Μ. 6851 - BAXTER/ GAMBRO, που αφορούσε τα εμπλεκόμενα μέρη, και συγκεκριμένα στην υποσημείωση 27 αναφέρεται συμπέρασμα της έρευνας της Ε.Επ.: «Συνήθως, οι πελάτες προμηθεύονται τα μηχανήματα (monitors) μαζί με τις υπηρεσίες after-sale (υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικές υπηρεσίες, σεμινάρια για νοσοκόμες που χειρίζονται το μηχάνημα) που σχετίζονται με το μηχάνημα, είτε απευθείας από τον κατασκευαστή είτε από τον διανομέα του κατασκευαστή, εκτός εάν έχουν την δυνατότητα να εκτελέσουν τέτοιες εργασίες εντός του νοσοκομείου. Στο υπόλοιπο αυτής της Απόφασης, η προμήθεια μηχανημάτων θα θεωρείται ότι περιλαμβάνει και την προμήθεια τέτοιων υπηρεσιών after-sale, τόσο στην αγορά HD όσο και στην αγορά CRRT¹⁸⁴». Συνεπώς, η Ε.Επ. στην εν λόγω Απόφαση, κατόπιν της έρευνάς της, θεώρησε δεδομένη την ταυτόχρονη προμήθεια των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης από τον οίκο κατασκευής και άρα το ενιαίο της αγοράς του μηχανήματος, των ανταλλακτικών και της επισκευής του. Άφησε παρά ταύτα ανοικτό το ενδεχόμενο τα αναλώσιμα να αποτελούν διακριτή αγορά, αφού αυτά φαίνεται να παρουσιάζουν δια-λειτουργικότητα, ήτοι στην αγορά δραστηριοποιούνται και ανταγωνίστριες εταιρίες που παράγουν αναλώσιμα (βλ. παρ. 33 της εν λόγω απόφασης). Θα πρέπει πάντως στο παρόν σημείο να σημειωθούν και τα εξής: Με βάση την πρακτική της ΕΑ, γίνεται δεκτό ότι «ο ορισμός της σχετικής αγοράς μπορεί να οριστεί διαφορετικά μεταξύ μίας υπόθεσης συγκέντρωσης και μίας υπόθεσης που ερευνά πιθανή κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, καθώς στη μεν πρώτη ερευνώνται οι τυχόν μεταβολές που επέρχονται από τη (μελλοντική) συγκέντρωση στη δομή προσφοράς των σχετικών προϊόντων, ενώ στη δεύτερη ερευνώνται τα προβλήματα που έχουν δημιουργηθεί από ενέργειες-συγκεκριμένες συμπεριφορές που έχουν γίνει στο παρελθόν»¹⁸⁵. Είναι άλλωστε γνωστό ότι στις υποθέσεις συγκεντρώσεων ο ορισμός της σχετικής αγοράς περιορίζεται εξ αρχής στα δεδομένα της εκάστοτε υπόθεσης. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να μην μπορούν να εξαχθούν ασφαλή συμπεράσματα γενικότερης εφαρμογής για κάθε άλλη περίπτωση¹⁸⁶.

124. Ως προς την απόφαση των Αμερικανικών Δικαστηρίων, Eastman Kodak¹⁸⁷, σημειώνεται ότι στην εν λόγω υπόθεση το Ανώτατο Δικαστήριο άντλησε επιχειρήματα από τα δεδομένα της ενώπιον του υπόθεσης, τα οποία αφορούσαν στο «κόστος πληροφόρησης» (information costs) και στο «κόστος μεταστροφής» (switching costs) και τα οποία ήταν πολύ διαφορετικά σε σχέση με την υπό κρίση περίπτωση, ενόψει και της διαφορετικής διάρθρωσης της αγοράς. Πιο συγκεκριμένα στην εν λόγω υπόθεση, αναφορικά με το κόστος πληροφόρησης, δεν προέκυπτε ότι ο καταναλωτής μπορούσε πράγματι να έχει αξιόπιστη πληροφόρηση από τον προμηθευτή σχετικά με το συνολικό κόστος του κύριου προϊόντος, καθ' όλο τον κύκλο της ζωής του, αλλά ακόμη κι αν μπορούσε να αντλήσει τη σχετική πληροφόρηση, δεν προέκυπτε ότι θα είχε το ενδιαφέρον να καταβάλει τον απαιτούμενο κόπο για να την αποκτήσει, καθώς το κόστος του service των προϊόντων ήταν σχετικά μικρό σε σύγκριση προς το κόστος κτήσης του κύριου προϊόντος. Επιπλέον, οι περισσότεροι αγοραστές δεν ήταν, εξειδικευμένοι «sophisticated», καθώς

¹⁸⁴ Μετάφραση από την Υπηρεσία.

¹⁸⁵ Βλ. ΕΑ 434/V/2009, NESTLE - ΔΡΙΤΣΑΣ, παρ. 12.

¹⁸⁶ Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η διαφοροποιημένη κρίση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά τα έτη 2012 και 2013 στο πλαίσιο της αξιολόγησης των συγχωνεύσεων Google/Motorola [COMP.M-6381, παρ. 29-30] και Microsoft/Nokia [COMP.M 7047, παρ. 28-30] σε σχέση με την πρόσφατη απόφασή της το 2018 στην υπόθεση Google/Android [COMP.AT 40099, της 18^{ης} Ιουλίου 2018].

¹⁸⁷ Eastman Kodak Co v. Image Technical Services Inc. 504 US 451 (1992).

επίσης ότι κάποιοι μεγάλοι καταναλωτές (δημόσιοι φορείς), οι οποίοι θα μπορούσαν να θεωρηθούν εξειδικευμένοι και απαιτητικοί καταναλωτές, ανέθεταν σε διαφορετικές υπηρεσίες τους την αγορά του κύριου και την αγορά του δευτερογενούς προϊόντος, με αποτέλεσμα να μην υπολογίζει ο ίδιος φορέας και με τον ίδιο τρόπο το συνολικό κόστος. Επιπλέον, για τον ίδιο λόγο, εξαιτίας δηλαδή του μίγματος των καταναλωτών (sophisticated/ unsophisticated), δινόταν η δυνατότητα στην εμπλεκόμενη εταιρία να κάνει διακρίσεις ως προς τις τιμές ανάμεσα στις διαφορετικές κατηγορίες καταναλωτών και να αποσοβήσει τον κίνδυνο πιθανών ζημιών από τη μετάθεση της ζήτησης. Υπήρχαν μάλιστα αποδείξεις για εφαρμογή πρακτικών διάκρισης ως προς τις τιμές ανάμεσα σε ομάδες καταναλωτών. Αναφορικά με τα switching costs, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη ότι παρέχονταν αποδείξεις ότι το κόστος μεταστροφής σε άλλο προϊόν για έναν καταναλωτή που είχε ήδη αγοράσει το μηχάνημα της KODAK ήταν πολύ υψηλό, ενώ ταυτόχρονα παρουσιάστηκαν στο Δικαστήριο αποδείξεις ότι η εταιρία πράγματι διαφοροποιούσε την τιμή του «πακέτου» των προϊόντων ανά ειδικότερη κατηγορία πελάτη. Τέλος, στην περίπτωση της αγοράς που αφορούσε στην υπόθεση *Eastman Kodak*, υπήρχαν πολλοί ανεξάρτητοι επισκευαστές των προϊόντων, καθώς επίσης και ανεξάρτητοι μεσάζοντες (brokers) που εμπορεύονταν ανταλλακτικά, τα οποία είχαν αγοράσει από την KODAK, ή τα είχαν προμηθευτεί από ανακύκλωση μεταχειρισμένων προϊόντων, ανεξάρτητοι έμποροι τέτοιων ανταλλακτικών, οι οποίοι προμήθευαν τους ανεξάρτητους επισκευαστές, ενώ γινόταν και εμπόριο μεταχειρισμένων προϊόντων.

125. Αναφορικά δε με σχετικές προηγούμενες αποφάσεις της Ε.Α, στην απόφασή της ΕΑ 514/2011 (ΝΤΑΚΟΣ κατά BROTHER)¹⁸⁸, η οποία αφορούσε σε εκτυπωτές, στοιχείο κρίσιμο, όπως αναφέρθηκε, υπέρ της διάκρισης των αγορών και της ένταξης σε αυτή των δευτερογενών προϊόντων όλων των συμβατών σημάτων, ήταν ιδίως το γεγονός ότι τα επίμαχα δευτερογενή προϊόντα των ανταλλακτικών ήταν εναλλάξιμα προς τα αντίστοιχα άλλων σημάτων¹⁸⁹. Ενώ, στην απόφαση ΕΑ 244/2003 (TZENEΒΡΑΚΗΣ κατά SONY HELLAS)¹⁹⁰, λειτουργούσαν στην αγορά ανεξάρτητες επιχειρήσεις επισκευαστών, οι οποίες αποκλείστηκαν λόγω της συμπεριφοράς της εμπλεκόμενης επιχείρησης, ενώ δεν προέκυπτε ότι οι αγοραστές του κύριου προϊόντος λάμβαναν υπόψη κατά την αγορά του το κόστος των μετά την πώληση υπηρεσιών.
126. Τέλος, στην υπ' αριθ. 2041/2016 απόφασή του, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών¹⁹¹, διαχωρίζει τις δύο αγορές βασιζόμενο μόνο στην πλευρά της προσφοράς

¹⁸⁸ Η υπόθεση αφορούσε στην αγορά μηχανημάτων αυτοματισμού γραφείου (γραφομηχανές, εκτυπωτές κ.α.) και αναλωσίμων ειδών για τη λειτουργία τους.

¹⁸⁹ Βλ. ΕΑ 514/2011, Ντάκος, παρ. 34.

¹⁹⁰ Η υπόθεση αφορούσε στην αγορά μηχανημάτων εικόνας και ήχου (τηλεοράσεις, στερεοφωνικά κ.α.), ανταλλακτικών και επισκευής τους.

¹⁹¹ Ειδικότερα στην εν λόγω απόφαση αναφέρεται: «Είναι αληθές ότι στην περίπτωση των ιατροτεχνολογικών προϊόντων ... εμπίπτουν, τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού, καθ' όσον πρόκειται περί υλικών που χρησιμοποιούνται μόνο ή σε συνδυασμό και προορίζονται να χρησιμοποιούνται στον άνθρωπο για τον σκοπό της αντικατάστασης ή της τροποποίησης της φυσιολογικής λειτουργίας των νεφρών, η λειτουργία των οποίων υποβοηθείται από αυτά. Επίσης κατά τα ανωτέρω τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού είναι υψηλής τεχνολογίας και χρήζουν ειδικού χειρισμού, ειδικής συντήρησης και επειδή σχετίζονται με το ύψιστο αγαθό της θεραπείας των νεφροπαθών - ασθενών απαιτούν στενή εποπτεία και παρακολούθηση της λειτουργίας τους από την παραγωγό εταιρεία, με συνέπεια η πώληση ενός τέτοιου μηχανήματος από την παραγωγό ή την αποκλειστική διανομέα αυτού στην Ελλάδα να γεννά ταυτόχρονα και την υποχρέωση της δια βίου συντήρησης αυτών με γνήσια ανταλλακτικά της παραγωγού εταιρείας, έτσι ώστε η πώληση ανταλλακτικών και η υπηρεσία συντήρησης των μηχανημάτων αυτών να συνδέονται αναπόσπαστα με την πώληση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και να αποτελούν ενιαίο με αυτή σύνολο. Στην προκειμένη όμως, περίπτωση αποδείχθηκε κατά τα προαναφερθέντα ότι το μηχάνημα τεχνητού νεφρού με το σήμα "Cambro" δεν αποτελούσε μία ενιαία αγορά με τα ανταλλακτικά και τις υπηρεσίες συντήρησης των ανωτέρω μηχανημάτων στην Ελλάδα τουλάχιστον μέχρι το χρονικό σημείο που ενδιαφέρει στην παρούσα υπόθεση, ήτοι μέχρι το 2010, ενώ μετά τον ανωτέρω χρόνο μπορεί να γίνει

δεδομένου ότι για συγκεκριμένη περίοδο και σε κάθε περίπτωση μέχρι το 2010 η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ήταν αποκλειστική αντιπρόσωπος των μηχανημάτων και η ΣΕΡΚΟ αποκλειστική αντιπρόσωπος των ανταλλακτικών και εξουσιοδοτημένη πάροχος συντήρησης των μηχανημάτων αυτών εκτός του διετούς χρόνου εγγύησης αυτών στην Νότια Ελλάδα. Ωστόσο, σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση, όταν ο τρόπος διανομής μηχανημάτων και ανταλλακτικών μεταβλήθηκε, βάσει της ενεργοποίησης της από 2003 Σύμβασης Διανομής μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με αποτέλεσμα η τελευταία να αποκτήσει και την αποκλειστική διανομή των ανταλλακτικών και την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης, η αγορά μπορεί να θεωρηθεί ως ενιαία, λαμβάνοντας υπόψη και τη ζήτηση. Σύμφωνα, όμως, με την Ανακοίνωση της Ε.Ε. για τον ορισμό της σχετικής αγοράς στο πλαίσιο του δικαίου του ανταγωνισμού, «*Η αγορά του σχετικού προϊόντος περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή και τις υπηρεσίες που είναι δυνατόν να εναλλάσσονται ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή, λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών και της χρήσης για την οποία προορίζονται*»¹⁹², υπερέχουν οι συνθήκες της ζήτησης για τον ορισμό της αγοράς και αυτός δεν μπορεί να μεταβάλλεται από τις συμβατικές σχέσεις μεμονωμένων επιχειρήσεων, μεταξύ πολλών άλλων που δραστηριοποιούνται στην αγορά.

127. Από την επισκόπηση της νομολογίας και της πρακτικής της Ε.Επ. καθίσταται σαφές ότι το επίμαχο ζήτημα του καθορισμού της αγοράς ως ενιαίας ή διακριτής σε περίπτωση δευτερογενών αγορών εξετάζεται *ad hoc*, σε συνάρτηση προς τις ειδικές συνθήκες των αγορών, τις περιστάσεις και τα δεδομένα που αφορούν σε κάθε επιμέρους υπόθεση¹⁹³.

Η θέση της ΕΑ

128. Το καίριο ερώτημα, σύμφωνα τόσο με την κείμενη ενωσιακή νομοθεσία, όσο και με τις απόψεις των μερών, που καθορίζει την ύπαρξη ή μη ενιαίας αγοράς στις περιπτώσεις όπου υφίστανται δευτερογενείς αγορές, είναι το κατά πόσο μία σχετική αύξηση στην τιμή του δευτερογενούς προϊόντος, που στην εν λόγω περίπτωση είναι, κατά κανόνα, η επισκευή και συντήρηση με ανταλλακτικά, μπορεί να είναι επικερδής, δηλαδή εάν αρκετοί καταναλωτές, προκειμένου να αποφύγουν τυχόν μέτρια και σταθερή αύξηση τιμών στη δευτερογενή αγορά, μπορούν να στραφούν ή όχι σε πρωτογενή προϊόντα άλλου σήματος, κατά τρόπον ώστε η αύξηση αυτή να καθίσταται μη αποδοτική ή επικερδής αντίστοιχα. Η απάντηση στο εν λόγω ερώτημα, όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, εξαρτάται από μια σειρά παραγόντων.

λόγος περί ενιαίας αγοράς, με τη θέση σε εφαρμογή από την 2η εναγομένη – μετά την τροποποίηση του καταστατικού της – της καταρτισθείσας ως άνω συμβάσεως της με την πρώτη εναγομένη αλλά και με τη ζήτηση από την αγορά σύμφωνα με τις μετ' επικλήσεως προσκομισθείσες ενδεικτικά από τις εναγόμενες από 4.6.2013 και 23.11.2012 προκηρύξεις του ΓΝ Ιπποκράτειο Θεσσαλονίκης και ΓΠΝ Αττικών, οι οποίες ζητούν το όλο [μηχάνημα, διά βίου αυτού χρήση ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης].»

¹⁹² Επιπλέον «[η] σχετική αγορά προϊόντων περιλαμβάνει το προϊόν ή τα προϊόντα που αφορούν στην υπό εξέταση περίπτωση καθώς και όλα τα προϊόντα που είναι υποκατάστατά τους από πλευράς ζήτησης ή από πλευράς προσφοράς (*demand or supply substitutes*), των οποίων η διαθεσιμότητα (ή δυναμική διαθεσιμότητα) εμποδίζει τις υπό εξέταση επιχειρήσεις να αυξήσουν την τιμή τους κατά ένα μικρό αλλά σημαντικό ποσοστό για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα». Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (97C 372/03). Βλ. επίσης Π. Φώτη (2013), Βιομηχανική Οργάνωση και Πολιτική Ανταγωνισμού θεωρία βιομηχανικής οργάνωσης Πολιτική και δίκαιο ανταγωνισμού Έλεγχος συγκεντρώσεων, Εκδόσεις Προπομπός, σελ. 507.

¹⁹³ Βλ. 25η Έκθεση επί της πολιτικής ανταγωνισμού (1995), σημ. 86, Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ΕΕ C 130, 19/05/2010, παρ. 91, Κατευθυντήριες γραμμές για τον ορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ 1997, C-372, παρ. 56, Discussion paper on the application of art. 102 TFEU to exclusionary abuses, παρ. 243-265.

129. Παράγοντες που λαμβάνονται υπόψη κατά την αξιολόγηση του συγκεκριμένου ερωτήματος, όπως αποτυπώνονται στην ενωσιακή νομοθεσία αλλά και στις θέσεις της καταγγέλλουσας, είναι:
130. **α) η δια-λειτουργικότητα:** Όπως έχει ήδη αναφερθεί και σύμφωνα με τη θεωρία, όταν εξετάζονται συνδεδεμένες αγορές πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων, είναι δυνατόν να καθορίζεται μία ενιαία αγορά που τις συμπεριλαμβάνει ως δέσμη προϊόντων¹⁹⁴. Τούτο αφορά ιδίως σε περιπτώσεις πρωτογενών προϊόντων, των οποίων η προμήθεια γίνεται συνήθως άπαξ (one-off purchase) και όχι περιοδικώς¹⁹⁵ και σε δευτερογενή προϊόντα (π.χ. ανταλλακτικά/αναλώσιμα), συμβατά κατά χρήση μόνο προς τα πρωτογενή προϊόντα για τα οποία κατασκευάστηκαν και για το λόγο αυτό είναι μη εναλλάξιμα¹⁹⁶ προς και από αντίστοιχα δευτερογενή προϊόντα άλλων σημάτων. Στην περίπτωση αυτή, κατά την οποία διαπιστώνεται απουσία διαλειτουργικότητας των δευτερογενών προϊόντων συγκεκριμένου σήματος προς τα κύρια προϊόντα άλλων σημάτων, θα πρέπει να διακριβωθεί εάν η αγορά του κύριου προϊόντος επηρεάζεται σημαντικά και υφίσταται ανταγωνιστικές πιέσεις σε περίπτωση τυχόν αυξήσεων στην τιμή των δευτερογενών προϊόντων που είναι συμβατά προς αυτό¹⁹⁷. Εφόσον υφίστανται τέτοιες πιέσεις και μεταβολές, γεγονός που καταδεικνύει ότι ο καταναλωτής δεν είναι «εγκλωβισμένος», αλλά αντίθετα δύναται να στραφεί προς τα πρωτογενή προϊόντα άλλων σημάτων, τότε γίνεται δεκτό ότι πρωτογενή και δευτερογενή προϊόντα συναποτελούν μία ενιαία αγορά¹⁹⁸. Στην περίπτωση που δευτερογενή προϊόντα διαφορετικών σημάτων δύναται να υποκατασταθούν μεταξύ τους, τότε κατά πάσα πιθανότητα οι αγορές πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων, περιλαμβάνουσες τα αντίστοιχα προϊόντα όλων των σημάτων, είναι διακριτές μεταξύ τους, κατά τους γενικούς κανόνες σχετικά με τον καθορισμό της σχετικής αγοράς¹⁹⁹. Επομένως η μη ύπαρξη διαλειτουργικότητας είναι προϋπόθεση για την εξέταση κατά πόσο η πρωτογενής αγορά και οι δευτερεύουσες αγορές συνιστούν ένα σύστημα και άρα μια ενιαία αγορά.

Στην περίπτωση της αγοράς τεχνητού νεφρού δεν υφίσταται καμία δια – λειτουργικότητα στην αγορά επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, δεδομένου ότι δεν υπάρχει η δυνατότητα χρήσης ανταλλακτικού, άλλου οίκου ή ακόμα και άλλου μηχανήματος του ίδιου οίκου για αντικατάσταση εξαρτήματος ενός μηχανήματος, αλλά και διότι δεν είναι δυνατή η επισκευή μηχανήματος ενός οίκου κατασκευής από εταιρία που επισκευάζει μηχανήματα άλλου οίκου (εξειδικευμένο λογισμικό και τεχνικές γνώσεις που διαφέρουν ανά κατασκευαστικό οίκο). Αυτό επιβεβαιώθηκε και

¹⁹⁴ Βλ. ενδ. Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, 7th ed., Oxford, παρ. 4.056, Γ. Κατσουλάκο σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Επ. Επιμ. Δ. Τζουγανάτος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 93, R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed. Oxford, σελ. 38, Faull and Níkray, *The EU Law of Competition*, 3rd ed. Oxford, παρ. 9.184.

¹⁹⁵ Βλ. Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, 7th ed., Oxford, ο.π.

¹⁹⁶ Βλ. και κατάθεση [...], [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίαση 04.03.2019], σελ. 6: «Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: *Να σας ρωτήσω, ανταλλακτικά για να παρέχετε αυτές τις υπηρεσίες συντήρησης GAMBRO μπορείτε να προμηθευτείτε είναι μάλλον συμβατά από άλλους οίκους; Δηλαδή, μπορείτε να χρησιμοποιήσετε ανταλλακτικά FRESENIUS ή ξέρω εγώ NIKISO για να κάνετε τη δουλειά σας;*

[...]: Όχι, σε καμία περίπτωση. Είναι μηχανήματα άλλης τεχνολογίας, άλλου μηχανολογικού σχεδιασμού. Ενδέχεται κάποια ανταλλακτικά ευτελούς αξίας, κάποιοι δακτύλιοι να μοιάζουν, αλλά σε καμία περίπτωση δεν είναι εφικτό αυτό.»

¹⁹⁷ Βλ. R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed. Oxford, ο.π. και Γ. Κατσουλάκο σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Επ. Επιμ. Δ. Τζουγανάτος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, ό.π.

¹⁹⁸ Βλ. R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed. Oxford, ο.π. και Γ. Κατσουλάκο σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, ό.π.

¹⁹⁹ Βλ. σχετικά, Γ. Κατσουλάκο σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, ό.π.

στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας²⁰⁰, χωρίς να αμφισβητηθεί από κάποιον από τα διάδικα μέρη.

131. **β) η διάρκεια ζωής του πρωτογενούς προϊόντος:** Η μέση διάρκεια ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού, όπως έχει ήδη αναφερθεί, εκτιμάται **στα δεκαπέντε έτη**, ενώ οι τιμές των ανταλλακτικών μεταβάλλονται ενδεχομένως και κάθε χρόνο. Εν προκειμένω, όπως αναφέρει και η ΣΕΡΚΟ, η GAMBRO της έστειλε κάθε έτος ενημερωμένους τιμοκαταλόγους.
132. Ο **κύκλος ζωής** ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού δεν είναι συγκεκριμένος και εξαρτάται από μια σειρά παραγόντων. Στην Ελλάδα δεν υπάρχουν κανονισμοί ή νομοθετικές διατάξεις σχετικά με την πολιτική αντικατάστασης των μηχανημάτων. Εν γένει, για την αντικατάσταση ενός μηχανήματος λαμβάνεται υπόψη: α) η δυνατότητα υποστήριξής του από εκπαιδευμένο προσωπικό, β) η διαθεσιμότητα ανταλλακτικών, γ) ο βαθμός απαρχαιώσης του σε σχέση με την εξέλιξη της τεχνολογίας, δ) η ποιότητα των υπηρεσιών που παρέχει σε σχέση με τον ανταγωνισμό, ε) το κόστος υποστήριξής του σε σχέση με το κόστος αντικατάστασής του, στ) η δυνατότητα χρήσης του ως εφεδρικού μηχανήματος και ζ) η αξιοπιστία του (υψηλό down time).
133. Από σχετική ερώτηση που απηύθυνε η Υπηρεσία σε νοσοκομεία προκύπτει ότι ο κύκλος ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού ξεπερνά συνήθως τα δέκα έτη και σε μία περίπτωση εντοπίστηκε να φτάνει μέχρι και τα εικοσιπέντε έτη. Από τις απαντήσεις των νοσοκομείων που ρωτήθηκαν σχετικά από τη ΓΔΑ, ο μέσος όρος ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού εκτιμάται στην **δεκαπενταετία**²⁰¹, αν και θα πρέπει να σημειωθεί ότι παρατηρείται διαφορά μεταξύ του χρόνου που παραμένουν τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού στα δημόσια νοσοκομεία σε σχέση με τα ιδιωτικά. Εκτιμάται ωστόσο ότι η συγκεκριμένη διαφορά σαφώς έχει να κάνει ιδίως με την οικονομική κρίση, η οποία αποτελεί καταλυτικό παράγοντα για την αδυναμία ειδικά των δημόσιων νοσοκομείων να αγοράσουν νέα μηχανήματα²⁰². Για παράδειγμα, όπως ενδεικτικώς, ο μεγαλύτερος κύκλος ζωής σε δημόσιο νοσοκομείο αναφέρθηκε (ως εκτίμηση) στο Ασκληπιείο Βούλας, στα 25 χρόνια, ενώ στα ιδιωτικά νοσοκομεία η μεγαλύτερη διάρκεια ζωής που συναντήθηκε είναι τα 10 χρόνια στην περίπτωση του [...]. Ανάλογα, η μικρότερη διάρκεια ζωής σε δημόσιο νοσοκομείο ήταν τα 10 χρόνια, ενώ από την πλευρά των ιδιωτικών νοσοκομείων, στο [...] τα μηχανήματα συνήθως αντικαθίστανται κάθε 7 -8 χρόνια.

²⁰⁰ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ Συνεδρίασης 20¹⁵ της 04.03.2019] («Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Να σας ρωτήσω, ανταλλακτικά για να παρέχετε αυτές τις υπηρεσίες συντήρησης GAMBRO μπορείτε να προμηθευτείτε είναι μάλλον συμβατά από άλλους οίκους; Δηλαδή, μπορείτε να χρησιμοποιήσετε ανταλλακτικά FRESENIUS ή ξέρω εγώ NIKISO για να κάνετε τη δουλειά σας; [...]: Όχι, σε καμία περίπτωση. Είναι μηχανήματα άλλης τεχνολογίας, άλλου μηχανολογικού σχεδιασμού.»).

²⁰¹ Βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ – ΕΡΕΥΝΑ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ από την υπ' αρ. 2962/09.05.2018 Εισήγηση.

²⁰² Κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας διατυπώθηκαν και ισχυρισμοί περί του αντιθέτου [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 25, Συνεδρίαση της 19.03.2019, σελ. 19], ωστόσο θεωρείται ότι αυτοί δεν ευσταθούν δεδομένης της πολύ μεγάλης διάρκειας της οικονομικής κρίσης στην Ελλάδα. Βλ. σχετικά και κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίασης 12.03.2019], σελ. 92 («Υπάρχουν κάποιον οι οποίοι είναι, αυτά προέκυψαν την εποχή της κρίσης, έχουμε δύο στοιχεία την εποχή της κρίσης, το ένα στοιχείο είναι το πρώτο, ότι τα νοσοκομεία δεν έχουν budget να αγοράσουν μηχανήματα, δεν υπάρχει προϋπολογισμός, με αποτέλεσμα κατά κάποιο τρόπο έχει ανεβεί το όριο ηλικίας των μηχανημάτων, και το δεύτερο είναι ότι στον ιδιωτικό τομέα οι κλινικάρχες, αυτοί που έχουν τις μονάδες χρόνιας αιμοκάθαρσης, με το φόβο και τον claw back, γιατί ήρθε και το claw back, προσπάθησαν οι άνθρωποι καλώς ή κακώς να δούνε να μειώσουν τα κόστη τους και να κάνουν οι ίδιοι τον επιχειρηματία. Δηλαδή τι να κάνουν; Να κάνουν εισαγωγές από κάποιες χώρες του εξωτερικού αναλώσιμα, να βρουν μηχανήματα και να μπορέσουν να χαμηλώσουν τρομερά το κόστος, πράγμα που δεν το πετύχανε και δεν το πετύχανε γιατί; Γιατί υπάρχει ο ανταγωνισμός.»).

134. Οι διανομείς των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην ελληνική επικράτεια, εκτιμούν τον κύκλο ζωής τους μεταξύ 10 και 15 ετών. Ειδικότερα η [...] και η [...], εκτιμούν τον κύκλο ζωής στη δεκαετία, ενώ η [...] τον προσδιορίζει στη δεκαπενταετία. Η [...] αναφέρει γενικά ότι στη βόρεια Ευρώπη τα μηχανήματα αντικαθίστανται μετά από 5 ή 6 χρόνια.
135. Εν προκειμένω, σχετικά με τα μηχανήματα GAMBRO, η ίδια η κατασκευάστρια εταιρία προσδιορίζει τον μέσο όρο ζωής των μηχανημάτων της στα **επτά χρόνια**²⁰³. Η εταιρία όμως επισημαίνει πως δεδομένου ότι η ίδια δεν είχε απευθείας συναλλαγές με νοσοκομεία δεν γνωρίζει πότε ακριβώς τα νοσοκομεία στην Ελλάδα αλλάζουν τα μηχανήματα και ανταλλακτικά αυτών. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει ότι «*Ο εγκατεστημένος από την [ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ] στόλος μηχανημάτων HD της Gambro έχει μέση ηλικία περίπου 15 ετών. Περίπου 0.5% είναι άνω των 25 ετών, περίπου 14.5% μεταξύ 15-25 ετών, και 85% νεώτερα των 15 ετών.*». Η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι ο κύκλος ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού ανέρχεται στην εικοσιπενταετία²⁰⁴, ενώ επισημαίνει επίσης ότι η διάρκεια ζωής των μηχανημάτων προκύπτει και από τα serial numbers που αυτά φέρουν. Το ίδιο υποστήριζε και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας²⁰⁵. Ωστόσο, όπως προέκυψε τόσο από τα στοιχεία του φακέλου όσο και από την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ²⁰⁶, η εικοσιπενταετία που επικαλείται η καταγγέλλουσα εντάσσεται στο πλαίσιο της ανώτατης διάρκειας ζωής και όχι στο πλαίσιο της μέσης διάρκειας ζωής.

²⁰³ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/02.06.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

²⁰⁴ Όπως προκύπτει από τις προσκομιζόμενες ένορκες βεβαιώσεις των τεχνικών της (σχετικά 78 και 79 με το υπ' αριθ. πρωτ. 1917/02.03.2012 Συμπληρωματικό Υπόμνημα και Αίτηση Ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ).

Μελέτη ANALYSIS, σελίδα 22.

²⁰⁵ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης της 04.03.2019, σελ. 8-9] («*Η διάρκεια ζωής ενός μηχανήματος χωρίζεται σε τρεις περιόδους. Πρώτη περίοδος είναι η περίοδος της παραγωγής του. Θα θέσω ως παράδειγμα τα AK200S, το οποίο είναι το πολυπληθέστερο μηχάνημα GAMBRO στην Ελλάδα, η ναυαρχίδα, ας το πούμε έτσι, όπου είχε παραγωγή απ' το 2001 έως το 2014, μιλάμε δηλαδή για 14 χρόνια παραγωγής.*

Η δεύτερη περίοδος ξεκινάει με το σταμάτημα παραγωγής του τελευταίου μηχανήματος ενός μοντέλου, όπου ο κατασκευαστής δίνει 10 χρόνια μετά ότι θα το προμηθεύει με ανταλλακτικά και θα το στηρίζει τεχνολογικά, οπότε για AK200S πάμε, για μηχάνημα που παράχτηκε το 2001 για παράδειγμα, στα 14 συν 10, 24 χρόνια.

Στο τέλος της δεύτερης περιόδου είναι αυτό που λέμε end of life του μηχανήματος, δηλαδή σταματάει την υποστήριξη ο κατασκευαστής. Από εκεί και πέρα ξεκινάει η τρίτη περίοδος, η οποία είναι της υποστήριξης, της συντήρησης δηλαδή του μηχανήματος αυτού εφόσον υπάρχουν ανταλλακτικά, για όσο δηλαδή χρονικό διάστημα υπάρχουν ανταλλακτικά μπορεί να υποστηρίζεται. Οπότε μιλάμε για πάνω από 25 χρόνια.

Θα θέσω ως παράδειγμα το AK200, του οποίου το end of life ήταν το 2013. Συντηρούμε εμείς περίπου 60 μηχανήματα των οποίων έχει επέλθει το end of life εδώ και 6 χρόνια. Άρα μπορούμε να κατανοήσουμε ότι μπορεί να φτάσουμε και τα 30 χρόνια χωρίς κάποιο πρόβλημα, εφόσον υπάρχουνε βέβαια ανταλλακτικά, εφόσον υπάρχει στοκ ανταλλακτικών.». Ωστόσο, από την ανωτέρω τοποθέτηση του μάρτυρα προκύπτει ότι δεν πρόκειται για μέση διάρκεια ζωής, αλλά για ανώτατη διάρκεια ζωής.

²⁰⁶ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση [...], [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίαση της 12.03.2019, σελ. 70] «*[...] Τα μηχανήματα έχουν διάρκεια ζωής 10-15 χρόνων. Μπορεί να λειτουργήσουν και περισσότερα χρόνια, εξαρτάται.*». Βλ. επίσης κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίαση της 21.02.2019, σελ. 20]. Βλ. επίσης κατάθεση [...], στο ίδιο πρακτικό σελ. 75, 101. Βλ. επίσης κατάθεση [...], [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση της 06.03.2019, σελ. 16] «*Αν με ρωτάτε ποιο είναι το προσδόκιμο ζωής με βάση ας πούμε το μέσο όρο ζωής ενός μηχανήματος απ' τη στιγμή που μπαίνει μέχρι τη στιγμή που καταστρέφεται σε ευρωπαϊκό επίπεδο και θα σας το πω και ανάποδα, είναι αυτό που υπολογίζουμε όλες οι εταιρίες για τα business plan τους, για να μπορέσουν να κάνουν τις επενδύσεις τους, είναι από 10 έως 15 χρόνια. Δηλαδή υπολογίζουν ότι από 10 έως 15 χρόνια το μηχάνημα το προηγούμενο θα φύγει, οπότε πρέπει να προχωρήσουν ας το πούμε στα πλάνα τους προώθηση, αν το θέλετε, για να μπουόνε καινούρια μηχανήματα.*».

136. **γ) η τιμή του πρωτογενούς προϊόντος:** Αναφορικά με την τιμή του προϊόντος και τη διάρκεια ζωής του, κρίσιμη, κατά τη σχετική πάγια θεωρία και νομολογία, όπως έχει ήδη ειπωθεί είναι η διαπίστωση κατά πόσο ο αγοραστής του πρωτογενούς προϊόντος συνυπολογίζει ή όχι κατά την αρχική αγορά του πρωτογενούς προϊόντος το κόστος της προμήθειας των συνδεδεμένων με αυτό δευτερογενών προϊόντων κατά τη διάρκεια της ζωής του (whole life cost). Σε καταφατική περίπτωση η αγορά θεωρείται ενιαία. Το ζήτημα αυτό συνδέεται κατ' ανάγκη με το ύψος του κόστους αυτού των δευτερογενών προϊόντων σε σχέση με το κόστος αρχικής αγοράς - αλλά και αντικατάστασης (switching costs) - του πρωτογενούς προϊόντος, τη διάρκεια ζωής του κύριου προϊόντος, *αλλά και τους περιορισμούς που υφίστανται για τον καταναλωτή, ανάλογα με τις ειδικότερες περιστάσεις και τα δεδομένα της κάθε υπόθεσης*. Ειδικότερα, στην εξεταζόμενη περίπτωση γίνεται δεκτό ότι μηχανήματα τεχνητού νεφρού έχουν ακριβή τιμή κτήσης, πρόκειται δε για υψηλής τεχνολογίας μηχανήματα που απαιτούν ειδικό χειρισμό και συντήρηση, καθόσον σχετίζονται με το αγαθό της υγείας/θεραπείας μιας ευαίσθητης ομάδας ασθενών, των νεφροπαθών. Ως εκ τούτου, για τα μηχανήματα αυτά απαιτείται επιμελής εποπτεία και παρακολούθηση της λειτουργίας τους, ενώ ταυτόχρονα υφίσταται υποχρέωση διατήρησης επαρκούς αποθέματος ανταλλακτικών και αναλώσιμων. Αυτό έχει ως αναπόδραστη συνέπεια με την πώληση ενός τέτοιου μηχανήματος να δημιουργείται η υποχρέωση για όλους τους εμπλεκόμενους στην αλυσίδα παραγωγής, διανομής, κατανάλωσης να συντηρούν για όλη τη μακρά διάρκεια ζωής τους (σε ό,τι αφορά τουλάχιστον τα δημόσια νοσοκομεία) τα συγκεκριμένα μηχανήματα μόνο με γνήσια ανταλλακτικά της παραγωγού εταιρίας, αφού, αφενός δεν είναι δυνατή η αντικατάστασή τους από ανταλλακτικά μηχανημάτων άλλων κατασκευαστικών οίκων, αφετέρου δεν υφίσταται καν στη συγκεκριμένη αγορά η έννοια των ανταλλακτικών εφάμιλλης ποιότητας (όπως, για παράδειγμα, συμβαίνει στον κλάδο της αυτοκινητοβιομηχανίας), ενώ με βάση το σχετικό ρυθμιστικό πλαίσιο, όπως επιβεβαιώθηκε και κατά την ακροαματική διαδικασία, απαιτείται η χρήση γνήσιων καινούργιων ανταλλακτικών. Κατ' αποτέλεσμα, η πώληση ανταλλακτικών και η υπηρεσία συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένη με την πώληση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, αποτελώντας τελικά με αυτήν ένα ενιαίο σύνολο, το οποίο αποτελείται αφενός από την πρωτογενή αγορά της πώλησης των μηχανημάτων και αφετέρου από τη δευτερογενή αγορά τόσο της πώλησης ανταλλακτικών όσο και της συντήρησης των εν λόγω μηχανημάτων. Οι συγκεκριμένες επισημάνσεις επιβεβαιώνονται από το γεγονός ότι τα ενδιαφερόμενα δημόσια νοσοκομεία κατά την προκήρυξη πρόχειρων μειοδοτικών διαγωνισμών για την προμήθεια των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης λαμβάνουν υπόψη για την αγορά των μηχανημάτων όχι μόνο τη δαπάνη προληπτικής συντήρησής τους²⁰⁷, αλλά και τη δαπάνη επανορθωτικής/επισκευαστικής συντήρησής τους. Ειδικά η τελευταία συνίσταται ιδίως στην επιδιόρθωση των βλαβών, καθώς και στη συντήρηση για τριετή (*minimum*) έως δεκαετή λειτουργία τους. Υπογραμμίζεται δε ότι τόσο η δαπάνη προληπτικής συντήρησης όσο και η δαπάνη επανορθωτικής/επισκευαστικής συντήρησης έχουν αυξημένο συντελεστή βαρύτητας, αφού, με βάση τα στοιχεία που έχει στη διάθεσή της η ΕΑ και που επιβεβαιώθηκαν κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, δύνανται να φθάσουν (κατά μέσο όρο) σε σημαντικό ποσοστό επί της αγοραίας αξίας του μηχανήματος ή σε κάποιες περιπτώσεις ενδεχομένως ακόμη και να το ξεπεράσουν αυτό²⁰⁸. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονιστεί ότι προφανώς κάθε δημόσιο νοσοκομείο θα προτιμούσε να έχει όσο το δυνατόν περισσότερα καινούργια μηχανήματα γίνεται, έτσι ώστε οι απαιτούμενες επισκευές να είναι περιορισμένες. Ωστόσο, λόγω πρωτίστως της οικονομικής κρίσης οι συνθήκες στην ελληνική αγορά

²⁰⁷ Πρόκειται για τον περιοδικό έλεγχο ρύθμισης και καθαρισμού των εν λόγω μηχανημάτων.

²⁰⁸ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση 06.03.2019, σελ. 105-106].

είναι έτσι διαμορφωμένες ώστε τελικά προτιμητέο εξ ανάγκης είναι για το νοσοκομείο να γίνεται συντήρηση μακράς διάρκειας αντί της επιθυμητής μεν, ανέφικτης δε, τακτικής αγοράς καινούργιων μηχανημάτων (κατά το μη χείρον βέλτιστον)²⁰⁹. Αυτό το αποτέλεσμα λειτουργεί προς επίρρωση της διαπίστωσης ότι τα νοσοκομεία είναι sophisticated consumers, ευφυείς καταναλωτές δηλαδή, διαπίστωση άλλωστε στην οποία κατατείνει και η μελέτη ANALYSIS που προσκόμισε η ίδια καταγγέλλουσα, όπως σαφώς συνάγεται από τη συνδυαστική ανάγνωση των παραγράφων 34, 63 και 64 αυτής²¹⁰.

137. Η τιμή/ κόστος κτήσης ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού δεν υπερβαίνει κατά κανόνα τα €15.000, ενώ κατά περίπτωση μπορεί να είναι και λιγότερο από €10.000. Η τιμή θα μπορούσε να θεωρηθεί υψηλή σε σχέση με την τιμή ενός οποιουδήποτε ανταλλακτικού ή και μίας επίσκεψης συντήρησης του μηχανήματος. Όπως υπολογίζει το Π.Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων «το συνολικό ετήσιο κόστος επισκευής και συντήρησης κάθε μηχανήματος του οίκου GAMBRO του Νοσοκομείου, υπολογίζεται κατά αδρή εκτίμηση στα 1.800,00 €, ήτοι είναι πολύ μικρό συγκριτικά με το κόστος αγοράς ενός καινούργιου μηχανήματος που εκτιμάται στα 15.000,00 € περίπου. Αυτό σημαίνει ότι μια λογική αύξηση στην τιμή των ανταλλακτικών δεν βαρύνει την απόφαση για αλλαγή ενός μηχανήματος, εκτός και αν συνυπάρχουν μια μεγάλη παράλογη αύξηση στην τιμή των ανταλλακτικών και μεγάλη παλαιότητα του εξοπλισμού που έτσι κι αλλιώς θα χρειαστεί αντικατάσταση». Σε αντίστοιχους υπολογισμούς καταλήγει και η ανταγωνίστρια επιχείρηση [...] «Σύμφωνα με την εμπειρία μας ένα μηχάνημα TN κοστίζει κατά μέσο όρο περίπου 12.000 Ευρώ και παρέχεται δύο χρόνια εγγύηση στο Νοσοκομείο. Η ανά μήνα χρέωση για συντήρηση και επισκευές μαζί με τα ανταλλακτικά μετά την λήξη εγγύησης ανά μηχάνημα ανέρχεται περίπου 200 Ευρώ κατά μέσο όρο. Συνεπώς αν το Νοσοκομείο προμηθευθεί ένα καινούργιο μηχάνημα θα ξοδέψει 12.000 Ευρώ και θα επωφεληθεί για δύο χρόνια εγγύησης 200 Ευρώ X 24 μήνες = 4.800 Ευρώ. Προφανώς η οικονομική διαφορά είναι μεγάλη αν αυτός και μόνο είναι ο λόγος αγοράς καινούργιων μηχανημάτων».
138. Το κόστος της ετήσιας επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού κυμαίνεται μεταξύ € 2.000 - € 4.000. Έτσι σε βάθος δεκαπενταετίας, δηλαδή του μέσου όρου ζωής ενός μηχανήματος, το κόστος συντήρησής του ανέρχεται κατά προσέγγιση στα €26.000 -€52.000, εξαιρουμένων των δύο πρώτων ετών κατά τα οποία η επισκευή και συντήρηση γίνεται εντός εγγύησης και άρα δεν χρεώνεται. Προκύπτει ότι το κόστος επισκευής και συντήρησης (με ανταλλακτικά) σε βάθος δεκαπενταετίας, υπερβαίνει το 50% του συνολικού κόστους

²⁰⁹ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση 06.03.2019, σελ. 98] («Να αλλάξει τα μηχανήματα και να βάλει καινούρια μηχανήματα εξαρτάται από τα οικονομικά του νοσοκομείου, τα οικονομικά της χώρας. Δεν είναι εύκολο πάρα πολύ να βγάλουμε τα παλιά μηχανήματα και να βάλουμε καινούρια, αυτό είναι το ένα σκέλος.»).

²¹⁰ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση 06.03.2019, σελ. 84] («Η επιτροπή η οποία θα αξιολογήσει το διαγωνισμό απαρτίζεται από διάφορα τμήματα του νοσοκομείου. Φυσικά περιλαμβάνεται το τμήμα της βιοϊατρικής, γιατί αυτός μπορεί να γνωρίζει καλύτερα τα χαρακτηριστικά και τι συντήρηση θα χρειαστεί το μηχάνημα, είναι το γραφείο προμηθειών, μπορεί να υπάρχει και κάποιος γιατρός νεφρολόγος, ο οποίος είναι ειδικός στις θεραπείες, άρα μπορεί να αξιολογήσει την καινοτομία που παρέχεται στη θεραπεία. Από διάφορα τμήματα, δεν είναι. Σίγουρα η βιοϊατρική και πιθανόν και κάποιος γιατρός»), καθώς επίσης και κατάθεση της ίδιας (σελ. 93), σύμφωνα με την οποία «Το νοσοκομείο θέλει να προφυλάξει το δημόσιο συμφέρον του, γι' αυτό κάνει τους διαγωνισμούς εξαρχής. Το δημόσιο συμφέρον του. Δηλαδή δεν θα κάνει μία επιλογή επειδή κάποιος θα δώσει χαμηλό κόστος κτήσης ενός μηχανήματος. Θα σκεφτεί ότι το μηχάνημα αυτό θα το 'χω στο νοσοκομείο μου για 10, 15 χρόνια; Θα πρέπει λοιπόν να προφυλάξω το νοσοκομείο μου από μια πιθανή αργότερα ασυδοσία οικονομική. Γι' αυτό κίολας μπαίνουν μέσα στις διακηρύξεις όλος αυτός ο αλγόριθμος για να μπορέσει, συγγνώμη, για να μπορέσει να επιλέξει τον κατάλληλο προμηθευτή.».

και κυμαίνεται μεταξύ 65% - 80%²¹¹. Αντίστοιχα το κόστος επισκευής και συντήρησής τους στη δεκαετία ανέρχεται σε €16.000 - €32.000, και πάλι μεγαλύτερο από το κόστος αγοράς ενός νέου μηχανήματος. Όπως, ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, το μεγάλο κόστος επισκευής και συντήρησης συνηγορεί στο ότι τα νοσοκομεία λαμβάνουν αυτό το κόστος υπόψη κατά την αγορά μηχανήματος. Με τα αναφερόμενά της η καταγγέλλουσα στο συμπληρωματικό υπόμνημά της με αρ. πρωτ. 313/20.05.2019 στις σελ. 102-103, υπαινικσόμενη την ύπαρξη, κατά τη γνώμη της, κάποιας μορφής σύμπραξης²¹², αναφέρει στο σημείο 5) τα εξής: «*Ήδη η εισήγηση πρέπει να επιρρωνύει τα παραπάνω συμπεράσματα, καθώς στο συμπέρασμα που εκείνη έχει καταλήξει για το κόστος ετήσιας επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού είναι ότι αυτό κυμαίνεται μεταξύ 2000-4000 ευρώ, δηλαδή 166,67-333,33 ευρώ ανά μηχανήμα ανά μήνα (ορ. σελ. 67 Εισήγησης). Είναι φανερό ότι καμία επαφή δεν έχουν τα ποσά στα οποία καταλήγει η εισήγηση για το κόστος συντήρησης των μηχανημάτων ανά μήνα (166,67-333,33 ευρώ) σε σχέση με την τιμή στην οποία κατακυρώθηκε ο εν λόγω διαγωνισμός (49,25 ευρώ).*». Σε κάθε περίπτωση, το να κατακυρώνεται ένας διαγωνισμός και τελικά να επιτυγχάνεται **επ' ωφελεία του Δημοσίου**, τιμή σημαντικά χαμηλότερη (49,25 ευρώ) από το μέσο όρο σε αυτές τις περιπτώσεις (166,67-333,33 ευρώ) δεν συνιστά αυτό καθαυτό λόγο για τον οποίο θα πρέπει να μέμφεται κάποιος τις υπηρεσίες ενός δημόσιου νοσοκομείου. Αντίστοιχες απόψεις της καταγγέλλουσας εντοπίζονται και σε άλλα σημεία του συμπληρωματικού υπομνήματός της, όπως πχ. στη σελ. 131 αυτού, όπου η καταγγέλλουσα αναφέρει επί λέξει τα εξής: «*9) Ο διαγωνισμός μυρίζει και βοά ότι αποτελεί προϊόν νοθεύσεως (bid rigging), με τη συμμετοχή των αρμοδίων του νοσοκομείου, το οποίο προϋπολόγισε μία εξωφρενικά χαμηλή τιμή συντηρήσεως²¹³ σε σχέση με τις τιμές συντηρήσεως που έχει ήδη συμβασιοποιήσει, οι συμμετέχοντες όχι μόνο δεν αμφισβήτησαν τον εξωφρενικά χαμηλό προϋπολογισμό ως είχαν δικαίωμα, αλλά και συμμετείχαν στον διαγωνισμό, δίδοντας οικονομικές προσφορές κατά παράβαση του περιορισμού του 6% αφήνοντας χώρο και πάλι (όπως στην προηγούμενη περίπτωση του ΓΝ Νικολάου, βλ. παραπάνω α/α 40 της ανάλυσής μας) στην εταιρεία [...] (!), ενώ όταν ήρθε η ώρα της σύμβασης, το νοσοκομείο δεν δέσμευσε νομικά την εταιρεία [...] για τη συντήρηση!!!*». Πάντως αυτό που είναι γνωστό για το bid rigging σε δημόσιους διαγωνισμούς είναι ότι το κόστος για το Δημόσιο αυξάνεται, δεν μειώνεται. Σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν υποτεθεί ότι πρόκειται για την καινοφανή περίπτωση ενός bid rigging **επ' ωφελεία του Δημοσίου**, η καταγγέλλουσα προβάλλει όψιμα τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς, καθόσον στις καταγγελίες της αυτός ο ισχυρισμός δεν εντοπίζεται. Σε κάθε περίπτωση η ΕΑ δεν είναι αρμόδια για την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 που επικαλείται η καταγγέλλουσα στη σελ. 103 του συμπληρωματικού υπομνήματός της²¹⁴, όπως επίσης η ΕΑ δεν είναι αρμόδια, στο πλαίσιο της αντιμετώπισης καταγγελίας, να κρίνει τη νομιμότητα ή μη των διακηρύξεων στις οποίες προβαίνουν τα δημόσια νοσοκομεία. Πέραν τούτων, τα ανωτέρω ενδεικτικά παραδείγματα που αντλούνται από το συμπληρωματικό υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ καταδεικνύουν ότι τα δημόσια νοσοκομεία πέρα από «πονηρεμένοι» καταναλωτές διαθέτουν και διαπραγματευτική δύναμη.

Η επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων γίνεται προγραμματισμένα και επαναλαμβανόμενα εντός κάθε έτους λειτουργίας. Το νοσοκομείο λοιπόν έχει τη δυνατότητα να γνωρίζει σε μεγάλο βαθμό και βάθος χρόνου, πως μια αισθητή αύξηση

²¹¹ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ – ΕΡΕΥΝΑ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

²¹² Κάτι το οποίο πάντως δεν υποστηρίζει στις καταγγελίες της.

²¹³ «[Μ]όλις [...] ευρώ το μηχανήμα το μήνα», όπως αναφέρει η ίδια η καταγγέλλουσα στην αμέσως προηγούμενη παράγραφο.

²¹⁴ Το ζήτημα αποτελεί θέμα αρμοδιότητας περισσότερο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

στην τιμή θα επηρεάσει το κόστος επισκευής και συντήρησης όχι μόνο μέσα στο τρέχον έτος, αλλά για όλο το προσδόκιμο κύκλο ζωής του μηχανήματος. Ήδη στη δεκαετία το συνολικό κόστος επισκευής και συντήρησης που εκτιμάται από €16.000 - €32.000, ξεπερνά το κόστος κτήσης ενός μηχανήματος. Όπως αναφέρει και το νοσοκομείο Ευαγγελισμός «*Αν δεν δεσμεύονται οι τιμές πλήρους συντήρησης (εργασία και ανταλλακτικά) για τουλάχιστον μία δεκαετία τότε δεν μπορεί να αποκλειστεί μια τέτοια αύξηση των τιμών που θα είχε ως αποτέλεσμα να οδηγηθούμε σε αγορά νέου εξοπλισμού*»²¹⁵. Από τη συγκεκριμένη απάντηση του νοσοκομείου προκύπτει ότι ουσιαστικά τα νοσοκομεία ως ευφυείς καταναλωτές (sophisticated consumers) προβαίνουν σε μία ιδιότυπη μορφή SSNIP test, προτού καταλήξουν στις επιλογές τους. Αυτό επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ. Είναι χαρακτηριστική η κατάθεση της μάρτυρα [...] ²¹⁶, η οποία επί λέξει ανέφερε τα εξής: «*Το νοσοκομείο θέλει να προφυλάξει το δημόσιο συμφέρον του, γι' αυτό κάνει τους διαγωνισμούς εξαρχής. Το δημόσιο συμφέρον του. Δηλαδή δεν θα κάνει μία επιλογή επειδή κάποιος θα δώσει χαμηλό κόστος κτήσης ενός μηχανήματος. Θα σκεφτεί ότι το μηχάνημα αυτό θα το 'χω στο νοσοκομείο μου για 10, 15 χρόνια; Θα πρέπει λοιπόν να προφυλάξω το νοσοκομείο μου από μια πιθανή αργότερα ασυδοσία οικονομική. Γι' αυτό κιόλας μπαίνουν μέσα στις διακηρύξεις όλος αυτός ο αλγόριθμος για να μπορέσει, συνγνώμη, για να μπορέσει να επιλέξει τον κατάλληλο προμηθευτή*»²¹⁷.

139. Στην περίπτωση των ιδιωτικών νοσοκομείων, το νοσοκομείο συνήθως δεν επωμίζεται κόστος επισκευής και συντήρησης, καθώς το κόστος συντήρησης και ανταλλακτικών βαρύνει την προμηθευτρια εταιρία των μηχανημάτων. Στις περιπτώσεις που τα μηχανήματα έχουν παραχωρηθεί με χρησιδάνειο, το κόστος ετήσιας επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων και των ανταλλακτικών καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης της χρήσης βαρύνει την ιδιοκτήτρια των μηχανημάτων, η οποία φέρει και την ευθύνη για την ορθή λειτουργία τους, η οποία πραγματοποιείται από τον διανομέα του εκάστοτε οίκου²¹⁸.
140. Τέλος, σχετικά με την ανάλυση στην οποία προβαίνει η ΣΕΡΚΟ στην υπ' αριθ. πρωτ. 5858/5.10.2015 επιστολή της με τη σύγκριση κόστους μεταξύ της αγοράς νέου μηχανήματος μετά την εγγύηση κάθε τρία, τέσσερα χρόνια κ.ο.κ. και της επιλογής της

²¹⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 7890/28.12.2015 απαντητική επιστολή του νοσοκομείο Ευαγγελισμός.

²¹⁶ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 91-92 («Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΑΟΥ: *Ναι. Γίνεται ένας διαγωνισμός και προσφέρουμε τρεις διαφορετικοί, ένας εκ των οποίων είναι η BAXTER, έτσι; Πώς θα βρεθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά, λαμβάνοντας υπόψη και το κόστος συντήρησης;* [...] *Ακριβώς τον αλγόριθμο δεν μπορώ να...*

Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΑΟΥ: *Περιλαμβάνεται λοιπόν στον αλγόριθμο αυτό; Αυτή είναι η ερώτησή μου.*

[...]: *Φυσικά, φυσικά. Υπάρχει στον αλγόριθμο η τιμή κόστους με τη τιμή συντήρησης, αν δεν κάνω λάθος, διαιρείται για να βγάλει το ποσοστό της κατ... της συμφερότερης προσφοράς.») καθώς και σελ. 94-95 («[...] *Και μάλιστα να συμπληρώσω και κάτι ακόμα. Υπάρχουν περιπτώσεις ακόμα και κλειδωμένης τιμής στον αρχικό διαγωνισμό το νοσοκομείο να πάει να ζητήσει μια ακόμα καλύτερη προσφορά από τον ίδιο προμηθευτή. Έχει γίνει και αυτό και γίνεται αυτό. Πριν και τη δεκαετία. Και μάλιστα ένα νοσοκομείο, όπως ας πούμε το Παπαγεωργίου, το 2014 προκήρυξε ένα διαγωνισμό για, αν δεν κάνω λάθος, για 10 μηχανήματα. Αν κάποιος ανατρέξει στο Διαύγεια, γιατί μπορεί οποιοσδήποτε, είναι προσβάσιμο στον οποιοδήποτε, να πάει μέσα σ' αυτό το νοσοκομείο και να δει τις αποφάσεις, οι οποίες αποφάσεις λέει το Δ.Σ. ότι εμείς κάναμε μια, κάνει μια ιστορική αναδρομή από ποιο διαγωνισμό προμηθεύτηκε, με ποια τιμή, τότε έληξε ο χρόνος εγγύησης, ποια είναι η τιμή συντήρησης και ζητάει από την εταιρία να δώσει μια οικονομικότερη προσφορά από την κλειδωμένη τιμή συντήρησης, την οποία η εταιρία που προμήθευσε το νοσοκομείο την αποδέχτηκε. Άρα όταν θα τελειώσει η δεκαετία και αν υποθέσουμε ότι κάθε χρόνο γίνεται αυτή η προσπάθεια απ' το νοσοκομείο για ελάττωση του προϋπολογισμού, στη δεκαετία θα πάει να δώσει τη χαμηλότερη τιμή που έχει απ' το προη... απ' την προηγούμενη σύμβαση.»).**

²¹⁷ Ο.π., σελ. 93

²¹⁸ Ιασώ General ([...]), Ιατρικό Αθηνών ([...]), Ιατρικό Διαβαλκανικό Θεσσαλονίκης ([...]), Ερρίκος Ντυνάν ([...]).

συντήρησης του μηχανήματος για 15 χρόνια, από την οποία προκύπτει ότι το νοσοκομείο το συμφέρει να προβαίνει σε συντήρηση των μηχανημάτων και όχι στην αγορά νέων πριν την απαξίωσή τους, γεγονός που ουδείς αμφισβητεί, επισημαίνεται ότι η συγκεκριμένη σύγκριση δεν έχει σχέση με την ανάλυση που ακολουθεί η νομολογία προκειμένου να διαπιστώσει τον ενιαίο ή μη της αγοράς. Για τον ορισμό της αγοράς εξετάζεται αν ο προμηθευτής του μηχανήματος και των ανταλλακτικών (και όχι ο αγοραστής) έχει συμφέρον να αυξήσει την τιμή πώλησης των ανταλλακτικών ή/και των υπηρεσιών συντήρησης στον αγοραστή του μηχανήματός του, χωρίς να διακινδυνεύσει τις πωλήσεις των μηχανημάτων του και άρα αν μπορεί επ' ωφελεία του να καταχραστεί το «μονοπώλιο» που ουσιαστικά έχει στην πώληση ανταλλακτικών, αφού μόνο γνήσια ανταλλακτικά χρησιμοποιούνται για την επισκευή και συντήρηση τέτοιων πολύπλοκων ιατρικών μηχανημάτων, η ποιότητα των οποίων είναι άμεσα συνυφασμένη με την υγεία των ασθενών²¹⁹. Άλλωστε η ανάλυση στην οποία προβαίνει η ΣΕΡΚΟ, χρησιμοποιεί σταθερό κόστος συντήρησης καθ' όλη τη διάρκεια της δεκαπενταετούς ζωής του μηχανήματος, το οποίο είναι στο μέσο όρο του μηνιαίου κόστους συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της αγοράς και όχι σταδιακή αύξηση η οποία θα υποδήλωνε ότι ο προμηθευτής έχει τη δύναμη να ενεργεί ανεξάρτητα από τους πελάτες του και τους ανταγωνιστές του και να αυξάνει μονομερώς την τιμή του. Εν ολίγοις, η αλληλεπίδραση μεταξύ προμηθευτών και αγοραστών σε βάθος χρόνου είναι ένα δυναμικό παίγνιο, το οποίο δεν μπορεί να αποτυπωθεί σε μια στατική ανάλυση. Επισημαίνεται δε ότι το μηνιαίο κόστος συντήρησης αποτελείται κατά 70-80% από την παροχή υπηρεσίας και κατά 20-30% από την αξία των ανταλλακτικών, κατά περίπτωση.

141. **δ) η δυνατότητα ταχείας και άμεσης αντίδρασης των καταναλωτών στις αυξήσεις των σχετικών τιμών στη δευτερογενή αγορά:** Τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού χρησιμοποιούνται από δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία. Τουλάχιστον στην περίπτωση των δημόσιων νοσοκομείων, τα οποία αποτελούν και την πλειοψηφία των νοσηλευτικών ιδρυμάτων στη χώρα, η αγορά μηχανήματος τεχνητού νεφρού προϋποθέτει την προκήρυξη και διενέργεια διαγωνισμού, διαδικασία η οποία κατά

²¹⁹ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 97 («Α. ΑΡΙΤΣΑ: Εάν όμως το κάνατε, εάν ερχόταν εμπορικός διευθυντής και σας έλεγε τώρα λοιπόν έληξε αυτή η αισχρή τιμή που είχαμε δώσει για 10 χρόνια, τώρα είναι η ευκαιρία να αποσβέσουμε την επένδυσή μας στην Ελλάδα και θα διπλασιάσουμε τη συντήρηση, τι θα πάθαινε η BAXTER;

[...]: Δεν νομίζω ότι η BAXTER θα 'μπαινε σ' αυτή τη λογική, σγνώνμη. Καμία εταιρία δεν θα 'μπαινε σ' αυτή τη λογική.». Βλ. επίσης και διευκρινίσεις [...] σε ερωτήσεις Τεμπέρη [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 100] («[...]: Για τα GAMBRO θα σας απαντήσω και εγώ. Όταν λοιπόν έχει και NIKISO και BAXTER και κάνει το διαγωνισμό για τη συντήρηση, θα πάρει τη συμφερότερη τιμή, αλλά άμα θα δει ότι η NIKISO δίνει την τιμή συντήρησης σε χαμηλότερη τιμή, ενώ η BAXTER δίνει ψηλότερη τιμή συντήρησης, δεν θα ξαναχρησιμοποιήσει τα BAXTER, δεν θα ξαναχρησιμοποιηθεί...

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Δεν το κατάλαβα, πώς μπορεί να το διαπιστώσει αυτό σε, σε διαγωνισμό συντήρησης GAMBRO, πώς θα διαπιστώσει τα, το, την τιμή της NIKISO, αφού δεν είναι ανταγωνιστές;

[...]: Υπάρχουν διαγωνισμοί οι οποίοι...

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Στη συντήρηση GAMBRO.

[...]: Υπάρχουν διαγωνισμοί συντήρησης που περιλαμβάνονται και άλλα μηχανήματα πέρα από της GAMBRO.

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Εντάξει. Εγώ σας μιλάω για τα μηχανήματα GAMBRO.

[...]: Άρα υπάρχει συγκρίσιμη λοιπόν τιμή.

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Για τα μηχανήματα GAMBRO εγώ σας ρωτώ όμως, πώς θα δει τη συγκρίσιμη τιμή άλλου υποψήφιου αναδόχου, απ' τη στιγμή που δεν κάνει προσφορά σε...

[...]: Από άλλο διαγωνισμό.

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Δεν κάνει προσφορά ο άλλος υποψήφιος ανάδοχος, η NIKISO κ.λπ., στα GAMBRO.

[...]: Από άλλο διαγωνισμό. Δηλαδή, μπορεί να μην τρέχει ο ίδιος διαγωνισμός για τα GAMBRO, μάλλον να μην τρέχει ο διαγωνισμός ίδιος στην ίδια προκήρυξη και για τα GAMBRO και για τα NIKISO, μπορεί όμως να υπάρχουν δύο ανεξάρτητοι, είναι συγκρίσιμα, μπορεί το νοσοκομείο να συγκρίνει τις προσφορές.».)

κανόνα είναι χρονοβόρα. Η απόφαση για την αγορά του πρωτεύοντος μηχανήματος όσο και των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής αυτού με ανταλλακτικά κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του γίνεται κατά κανόνα από το ίδιο το νοσοκομείο, το οποίο έχει και την ευθύνη για τους ασθενείς²²⁰. Στην περίπτωση των ιδιωτικών νοσοκομείων, που τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού παραχωρούνται σε αυτά με χρυσιδάνειο, η αντίδραση μπορεί να είναι ταχύτερη.

Επομένως, με βάση τα ως άνω κριτήρια α), β), γ) και δ), μόνο θεωρητικά θα μπορούσε να λεχθεί ότι τα νοσοκομεία δεν θα μπορούσαν να προφυλαχθούν από μια σχετική αύξηση στην τιμή επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, είτε με τη χρήση υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά άλλου κατασκευαστικού οίκου ή με την αγορά άλλου μηχανήματος τεχνητού νεφρού σε εύλογο χρονικό διάστημα και επομένως μια αύξηση της τιμής στις δευτερογενείς αυτές αγορές θα καθίστατο αποδοτική. Όπως προέκυψε από την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ, το δημόσιο νοσοκομείο δεν είναι σε τέτοιο βαθμό εγκλωβισμένο, αλλά αντίθετα διαθέτει ορισμένες εναλλακτικές λύσεις²²¹. Σε κάθε δε περίπτωση κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, αλλά και από τα στοιχεία του φακέλου προέκυψε ότι οι εταιρίες έχουν ως πρώτιστο βασικό κίνητρό τους να εξακολουθήσουν να συνεργάζονται με τα δημόσια νοσοκομεία, τα οποία στην πλειονότητά τους προέκυψε ότι έχουν μικτό στόλο μηχανημάτων (δηλαδή, όχι μόνο ενός σήματος), ακριβώς επειδή θέλουν να αποφύγουν τυχόν «εγκλωβισμό» τους σε ένα και μόνο σήμα. Η καταγγέλλουσα προκειμένου να υποστηρίξει τους ισχυρισμούς της και να αντικρούσει τη μάρτυρα [...] που αναφέρθηκε σε δυνατότητα παροπλισμού μηχανημάτων στην περίπτωση αυξημένων τιμών (χωρίς όμως να αναφέρει κάποιο συγκεκριμένο παράδειγμα), επικαλείται στο συμπληρωματικό της υπόμνημα (αρ. πρωτ. 313/20.05.2019) για το ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ (σελ. 234-235), ενδεικτικά, ότι «[ο]ύτε εδώ παρόπλισε το Νοσοκομείο τα MTN FRESENIOUS, μολονότι η τιμή κόστους συντήρησής τους ήταν κατά 36% ακριβότερη από την τιμή των μηχανημάτων του οίκου Gambro». Ωστόσο, η βάση της συγκεκριμένης συλλογιστικής είναι εσφαλμένη, καθόσον είναι σαν να συγκρίνονται μήλα με πορτοκάλια και να διαπιστώνεται τελικά ότι εφόσον πρόκειται και στις δύο περιπτώσεις για φρούτα,

²²⁰ Τόσο το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο όσο και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξετάζει το εάν οι ίδιοι αγοραστές είναι υπεύθυνοι για την αγορά τόσο των πρωτογενών, όσο και των δευτερογενών προϊόντων. Βλ. Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, 7th ed., Oxford, ΠΑΡ. 4.056 σελ.261.

²²¹ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 101 («*A. ΝΑΚΟΥ*: Άρα λέτε λοιπόν ότι, σε απάντηση στην ερώτηση της κα Δρίτσα, ότι εάν μετά τη δεκαετία που θα προκηρύξει ξεχωριστό διαγωνισμό για συντήρηση ή επισκευή, η προσφορά συντήρησης της GAMBRO είναι πολύ υψηλή, λαμβάνοντας υπόψη το αντίστοιχο κόστος υπηρεσιών των άλλων μηχανημάτων που έχει εγκατεστημένα, άσχετο αν δεν έχει λήξει η συντήρηση την ίδια εποχή, δεν θα δεχθεί αυτή τη προσφορά ως υψηλή.

[...]: Σωστά.

A. ΝΑΚΟΥ: Και τι θα κάνει; Θα κηρύξει άγονο το διαγωνισμό; Θα κλειδώσει το μηχάνημα μέχρι να ξαναβρεί συντηρητή σε καλύτερη τιμή;

[...]: Μπορεί να κηρύξει άγονο το διαγωνισμό, να τον επαναπροκηρύξει, είτε να παροπλίσει τα μηχανήματα και να πει δεν με συμφέρει.» και σελ. 102 («[...]: Δεν έχει συμβεί αυτό. Μπορεί να το παροπλίσει. Μπορεί να βγάλει κάποιο καινούριο διαγωνισμό.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα και πάλι πού θα καταλήξει;

[...]: Μπορεί να ζητήσει οικονομικότερη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα ο ίδιος διαγωνισμός, αφού λέτε υπάρχει μόνο η GAMBRO, στο ίδιο δεν θα καταλήξει και ο νέος διαγωνισμός;

[...]: Θα ζητήσει αναπροσαρμογή. Θα πει δώσε μου καλύτερη οικονομική προσφορά, δεν με συμφέρει. Έχει γίνει αυτό το πράγμα. Έχει ζητήσει νοσοκομείο να δώσουμε καλύτερη προσφορά, βελτιωμένη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Και εσείς δώσατε;

[...]: Φυσικά.»). Βλ. επίσης κατάθεση μάρτυρα [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίασης 12.03.2019, σελ. 54-55].

κακώς είναι ακριβότερα τα πορτοκάλια. Πρόκειται δηλαδή, για διαφορετικές περιπτώσεις, για τις οποίες δεν χωρεί ίδια αντιμετώπιση. Επίσης, είναι διαφορετικό πράγμα να ισχυρίζεσαι ενόρκως (όπως η μάρτυρας [...]) ότι με αφορμή τη χαμηλή τιμή μίας εταιρίας επιχειρεί ένα νοσοκομείο ακόμη και με την θεωρητική «απειλή» του παροπλισμού να πείσει μία άλλη εταιρία να μειώσει και αυτή την τιμή της και άλλο να ισχυρίζεσαι ότι όλες οι εταιρίες πρέπει να χρεώνουν στην ίδια περίπου τιμή, αλλιώς αυτή που χρεώνει ακριβότερα θα πρέπει να παροπλίζεται ή ότι εφόσον κάποια δίνει πολύ χαμηλή τιμή και οι υπόλοιπες δεν το προσβάλλουν, άρα υπάρχει καρτέλ.

Κατά τρόπο συνεπή προς τα ανωτέρω θα πρέπει, σύμφωνα με τη θεωρία και νομολογία, να ερευνάται υπό τις ειδικότερες περιστάσεις της κάθε υπόθεσης, η πραγματική δυνατότητα και το ενδιαφέρον του καταναλωτή να προϋπολογίσει το συνολικό κόστος αγοράς της δέσμης πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων²²², όπερ συνδέεται με το εάν πρόκειται για **ενημερωμένους ή «πνηρημένους» αγοραστές** που μπορούν να έχουν καλή σχετική πληροφόρηση, εάν υπάρχει διαφάνεια ως προς τις τιμές των προϊόντων της δευτερογενούς αγοράς, εάν πρόκειται για επιχειρήσεις ή τελικούς καταναλωτές κ.α.^{223,224}. Σε ό,τι αφορά την εξεταζόμενη περίπτωση, παρά τους περί αντιθέτου ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας στο πλαίσιο της ακροαματικής διαδικασίας²²⁵, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ειδικά τα δημόσια νοσοκομεία εντάσσονται στους λεγόμενους ευφυείς, ενημερωμένους ή «πνηρημένους» καταναλωτές (sophisticated consumers). Άλλωστε, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, σε αυτό το συμπέρασμα κατατείνει και η ανάγνωση της μελέτης που έχει προσκομίσει η ίδια η καταγγέλλουσα (ιδίως η συνδυαστική ανάγνωση των παραγράφων 34, 63 και 64 αυτής)²²⁶. Ακόμη και το γεγονός ότι τα νοσοκομεία αρκούνται στη διαπιστωμένη εμπειρία (βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης) και δεν απαιτούν επικαιροποιημένα πιστοποιητικά, όπως θα προτιμούσαν οι καταγγελλόμενες, δείχνει επικουρικά ότι τα νοσοκομεία αποτελούν ευφυείς, ενημερωμένους ή «πνηρημένους» καταναλωτές (sophisticated consumers). Για το θέμα είναι χαρακτηριστική η κατάθεση της μάρτυρος [...]²²⁷: *«Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Ωραία. Στους διαγωνισμούς αυτούς, όσους ξέρετε εσείς, έχει προσκομίσει μαζί με τον φάκελο της τεχνική προσφοράς όλα αυτά τα οποία είπατε προηγουμένως; Δηλαδή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης συντήρησης άλλων έργων, προηγουμένων διαγωνισμών,*

²²² Βλ. ΓενΔΕΕ Τ-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 91-102, 106, 117. Βλ. επίσης την σχετική ανάλυση στην υπόθεση αμερικανικών δικαστηρίων, *Eastman Kodak Co v. Image Technical Services Inc.* 504 US 451 (1992).

²²³ Βλ. Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, 7th ed., Oxford, ο.π., Γ. Κατσουλάκος σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Επ. Επιμ. Δ. Τζουγανάντος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, ο.π., R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed. Oxford, ό.π., σελ.38.

²²⁴ Βλ. σχετικά απόφαση της Αγγλικής Αρχής Ανταγωνισμού, Case no. CA98/6/2001, ICL/SYNSTAR, παρ. 24 επ.

²²⁵ Βλ. και συμπληρωματικό υπόμνημα της καταγγέλλουσας [αρ. πρωτ. 313/20.05.2019], ενδεικτικά σελ. 201.

²²⁶ Βλ. επικουρικά και κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση 06.03.2019, σελ. 84] («Η επιτροπή η οποία θα αξιολογήσει το διαγωνισμό απαρτίζεται από διάφορα τμήματα του νοσοκομείου. Φυσικά περιλαμβάνεται το τμήμα της βιοϊατρικής, γιατί αυτός μπορεί να γνωρίζει καλύτερα τα χαρακτηριστικά και τι συντήρηση θα χρειαστεί το μηχάνημα, είναι το γραφείο προμηθειών, μπορεί να υπάρχει και κάποιος γιατρός νεφρολόγος, ο οποίος είναι ειδικός στις θεραπείες, άρα μπορεί να αξιολογήσει την καινοτομία που παρέχεται στη θεραπεία. Από διάφορα τμήματα, δεν είναι. Σίγουρα η βιοϊατρική και πιθανόν και κάποιος γιατρός»), καθώς επίσης και κατάθεση της ίδιας (σελ. 93), σύμφωνα με την οποία «Το νοσοκομείο θέλει να προφυλάξει το δημόσιο συμφέρον του, γι' αυτό κάνει τους διαγωνισμούς εξαρχής. Το δημόσιο συμφέρον του. Δηλαδή δεν θα κάνει μία επιλογή επειδή κάποιος θα δώσει χαμηλό κόστος κτήσης ενός μηχανήματος. Θα σκεφτεί ότι το μηχάνημα αυτό θα το 'χω στο νοσοκομείο μου για 10, 15 χρόνια; Θα πρέπει λοιπόν να προφυλάξω το νοσοκομείο μου από μια πιθανή αργότερα ασυδοσία οικονομική. Γι' αυτό κιόλας μπαίνουν μέσα στις διακηρύξεις όλος αυτός ο αλγόριθμος για να μπορέσει, συνγνώμη, για να μπορέσει να επιλέξει τον κατάλληλο προμηθευτή.»

²²⁷ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίαση 06.03.2019, σελ. 88-89].

βεβαιώσεις εκπαίδευσης ή οτιδήποτε άλλο; Αυτά που ζητούν εν πάση περιπτώσει τα νοσοκομεία;

[...]: Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης φυσικά. Είναι στο χώρο, το έχουμε ακούσει πολλές φορές ότι έχει, είχε αναλάβει τέλος πάντων την τεχνική υποστήριξη των μηχανημάτων παλαιότερα, οπότε βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης σίγουρα θα έχει εφόσον είχε συμβάσεις στο παρελθόν. Πιστοποιητικά τεχνικών προσκομίζουνε, αλλά βάσει της οδηγίας του κατασκευαστικού οίκου οι τεχνικοί πρέπει να περνάνε από τριετή... μετά από την τριετία εκπαίδευση, επανεκπαίδευση. Λοιπόν, είναι ένα σημείο προστριβής της εταιρίας της δικιάς μας με την εταιρία ΣΕΡΚΟ και με την εταιρία ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ, η οποία και εκείνη συμμετάσχει σε διαγωνισμούς, ότι ο κατασκευαστικός λέει, οίκος λέει και ισχυρίζεται και αυτή είναι η οδηγία του ότι πρέπει να επαναπιστοποιούνται οι τεχνικοί. Υπάρχουν όμως πιστοποιητικά τα οποία έχοννε λήξει.[...] Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Μάλιστα, ωραία. Εσείς πάντως σαν εταιρία ΒΑΧΤΕΡ θεωρείτε ότι αυτά τα πιστοποιητικά δεν είναι επαρκή για να αποδείξουν την τεχνική ικανότητα της εταιρίας ΣΕΡΚΟ στις περιπτώσεις που συμμετέχει σε διαγωνισμούς όταν έχει περάσει η τριετία.

[...]: Σωστά. [...]]».

Ωστόσο, τη θέση αυτή της ΒΑΧΤΕΡ δεν ενστερνίζονται τα δημόσια νοσοκομεία που προβαίνουν σε διαγωνισμούς.

Επίσης, σε συνέχεια των ανωτέρω στο πλαίσιο της ίδιας κατάθεσης:

Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Ήθελα να σας ρωτήσω, έχετε κάνει ποτέ ένσταση σε διαγωνισμό οποιουδήποτε νοσοκομείου σε σχέση με το θέμα αυτό, να υποστηρίζετε δηλαδή ότι τα πιστοποιητικά της εταιρίας ΣΕΡΚΟ δεν είναι τα επαρκή;

[...]: Γιατί με χτυπάτε στο ευαίσθητο σημείο μου; Πολλές φορές;

Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Ποια ήταν τα αποτελέσματα των ενστάσεων αυτών;

[...]: Απορριφθήκανε.

Ι. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Απορρίφθηκαν οι ενστάσεις σας.

[...]: Βεβαίως.».

Από τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα είναι σαφές ότι τα νοσοκομεία ως «πονηρεμένοι» (sophisticated) καταναλωτές, αναγνωρίζουν την αξία των ανεξάρτητων επισκευαστών έστω και για ένα σήμα (GAMBRO) και προφανώς συσχετίζουν την ύπαρξή τους με τη δυνατότητα ανεύρεσης καλύτερων τιμών επισκευής. Επίσης, κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας (μακράς διάρκειας) ενώπιον της ΕΑ, δεν προέκυψε κάποιο διαπιστωμένο γεγονός κακής συντήρησης που να οδήγησε σε βλάβη της υγείας ασθενούς. Είναι επίσης σαφές με βάση τα παραπάνω ότι προτιμητέο για τα δημόσια νοσοκομεία θα ήταν να υπήρχαν ανεξάρτητοι επισκευαστές και για τα υπόλοιπα σήματα, η ύπαρξη των οποίων εντοπίζεται κατά βάση μόνο στις περιπτώσεις ιδιωτικών κλινικών (πλην των περιπτώσεων ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ εννοείται).

142. Ειδικότερα, τα νοσοκομεία αποτελούν αυτό που η μελέτη ANALYSIS αποκαλεί «πονηρεμένους» (sophisticated) καταναλωτές. Ακριβώς διότι γνωρίζουν την αδυναμία τους να αντιδράσουν σε μεταβολές στην τιμή της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά εφόσον αγοράσουν το μηχάνημα, προσυμφωνούν το κόστος των συγκεκριμένων υπηρεσιών σε βάθος χρόνου. Στην περίπτωση των ιδιωτικών νοσοκομείων αυτό επιτυγχάνεται μέσα από την σύμβαση, συνήθως χρησιδανείου, στην οποία το συνολικό τίμημα, στο οποίο περιλαμβάνεται η επισκευή και συντήρηση με ανταλλακτικά, προ-συμφωνείται για όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Στην περίπτωση των δημόσιων νοσοκομείων, τα οποία αγοράζουν τα εν λόγω μηχανήματα, αυτό επιτυγχάνεται μέσα από τις δεσμευτικές προσφορές σχετικά με το κόστος

επισκευής και συντήρησης και τις τιμές των ανταλλακτικών σε βάθος, κατά κανόνα δεκαετίας, που πρέπει να καταθέσουν οι κατασκευαστικοί οίκοι κατά τη διαδικασία κατάθεσης προσφορών για μηχανήματα τεχνητού νεφρού. Σύμφωνα με την παράγραφο 91 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς, που αναφέρθηκε ανωτέρω, ακόμα και στις περιπτώσεις όπου ο προμηθευτής του αρχικού εξοπλισμού (πρωτογενούς προϊόντος) είναι και ο μοναδικός προμηθευτής των ανταλλακτικών (δευτερογενούς προϊόντος), η αγορά μπορεί να θεωρηθεί ενιαία «εάν σημαντικό ποσοστό των αγοραστών πραγματοποιεί την επιλογή του λαμβάνοντας υπόψη το κόστος του προϊόντος καθ' όλη τη διάρκεια ζωής του». Σε αυτή την περίπτωση εμπίπτει και η αγορά τεχνητού νεφρού, δεδομένου ότι κατά την προμήθεια των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τα νοσοκομεία, κατά κανόνα, ζητούν δεσμευτικές προσφορές για την επισκευή και συντήρησή τους με ανταλλακτικά σε βάθος δεκαετίας.

143. Σε αυτό το σημείο πρέπει να επισημανθεί ότι, σύμφωνα με τις Κατευθυντήριες, η αγορά θεωρείται ενιαία εάν ένα σημαντικό ποσοστό των αγοραστών, κατά την αγορά του αρχικού εξοπλισμού λαμβάνουν υπόψη το κόστος των ανταλλακτικών και της επισκευής και συντήρησης για όλη τη διάρκεια ζωής του εξοπλισμού. Δεν θέτει ως προϋπόθεση για το ενιαίο της αγοράς, ο καταναλωτής δηλαδή το νοσοκομείο, να μην αγοράσει τελικά ποτέ ανεξάρτητα ανταλλακτικά και υπηρεσίες, διότι τελικά εμφανίστηκαν ανάγκες πέρα του προγραμματισμού του. Το γεγονός ότι ο μέσος κύκλος ζωής ενός μηχανήματος ανέρχεται κατ' εκτίμηση στα δεκαπέντε έτη και δηλαδή υπερβαίνει την δεκαετία για την οποία δεσμεύουν την τιμή για τα ανταλλακτικά και την επισκευή και συντήρηση τα νοσοκομεία, δεν αναιρεί το γεγονός ότι τα νοσοκομεία κατά την επιλογή μηχανήματος τεχνητού νεφρού λαμβάνουν υπόψη, και μάλιστα δεσμεύουν, το κόστος επισκευής και συντήρησης και ανταλλακτικών, για χρονική διάρκεια η οποία μάλιστα συνάδει με την εκτίμηση των κατασκευαστικών οίκων για τον προσδόκιμο κύκλο ζωής των μηχανημάτων τους. Άλλωστε, ο καταναλωτής δεν θα μπορούσε να εκτιμήσει επακριβώς τη διάρκεια ζωής κάθε μηχανήματος, λαμβάνοντας υπόψη και τις πιθανές τεχνολογικές εξελίξεις, προκειμένου να διασφαλιστεί για το συνολικό κόστος καθ' όλη τη διάρκεια της λειτουργίας του, αρκεί μόνο να διασφαλιστεί για το κόστος επισκευής και συντήρησης του μηχανήματος καθ' όλη της διάρκειας του «προσδόκιμου» της ζωής του, η οποία πάντως εξαρτάται πρωτίστως από τη χρήση του μηχανήματος και η οποία δύναται να είναι διαφορετική από αυτή που εκτιμάται από τον κατασκευαστικό οίκο. Στην περίπτωση των ιδιωτικών νοσοκομείων, όπως έχει ήδη αναφερθεί, η επισκευή και συντήρηση με ανταλλακτικά περιλαμβάνεται στο αρχικό τίμημα και προβλέπεται για όλη τη διάρκεια λειτουργίας του μηχανήματος στο νοσοκομείο. Αντιπροσωπευτική είναι η απάντηση της [...], η οποία αναφέρει ότι για την εταιρία «... βασικό στοιχείο είναι το συνολικό κόστος ανά αιμοκάθαρση και αφορά το μηχάνημα αιμοκάθαρσης, τη συντήρηση όλα τα αναλώσιμα κ.λ.π.. Γνώμονας μας για την επιλογή ήταν το σταθερό κόστος για όλη την διάρκεια της σύμβασης. Η διάρκεια της σύμβασης δεν έχει σχέση με το χρόνο ζωής των μηχανημάτων. Οι περισσότερες εταιρείες που αντιπροσωπεύουν οίκους του εξωτερικού θέτουν τα 5 έτη ως εύλογο χρόνο διάρκειας της σύμβασης. Η συντήρηση των μηχανημάτων ακολουθεί τη διάρκεια της σύμβασης, όπου ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να συντηρεί τα μηχανήματα»²²⁸.

144. Σχετικά το Ιπποκράτειο Νοσοκομείο Αθηνών αναφέρει «το Νοσοκομείο ζητά με τη σχετική διακήρυξη να καλύπτεται το σχετικό κόστος [ανταλλακτικών και επισκευή και συντήρησης] από τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό μέχρι την παραγωγική λειτουργία του μηχανήματος»²²⁹. Κατά τα λεγόμενα του νοσοκομείου Ευαγγελισμός²³⁰ «Ο κύκλος

²²⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 1670/06.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

²²⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1824/13.03.2015 απαντητική επιστολή από το Ιπποκράτειο Νοσοκομείο Αθηνών.

ζωής ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού εκτιμάτε ότι κατ' ελάχιστο είναι 10-12 έτη, γι' αυτό και η απαίτηση των διακηρύξεων τόσο του Υπουργείου Ανάπτυξης όσο και η πρότυπη της ΕΠΥ για προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, για παροχή ανταλλακτικών και σέρβις είναι για δέκα έτη τουλάχιστον.» Το ΝΓΝ Λαμίας αναφέρει ότι στόχος «του νοσοκομείου είναι να αλλάξει τα μηχανήματα κάθε 10 χρόνια ώστε να βρίσκεται ο στόλος των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού μέσα στις σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις». Έτσι η επιλογή της δεκαετίας αποτελεί την εκτίμηση ή την άποψη του νοσοκομείου για τον κύκλο ζωής ενός μηχανήματος. Θα εναπόκειται άλλωστε στη διακριτική ευχέρεια των νοσοκομείων να δεσμεύσουν τις τιμές της επισκευής και συντήρησης και των ανταλλακτικών σε βάθος δεκαπενταετίας και όχι δεκαετίας.

145. Η εταιρία [...] ²³¹ σε ερώτημα της ΓΔΑ σχετικά με την επιλογή της δεκαετίας από τα δημόσια νοσοκομεία θεωρεί ότι εκτιμάται, το ενδεχόμενο να ανακύψουν προβλήματα ως εκ του τρόπου χρήσεως των μηχανημάτων, το κόστος συντήρησης ενός μηχανήματος, αλλά και η τυχόν εντατικοποίηση της λειτουργίας τους, σε συνδυασμό με την πρόθεση ανανεώσεως τους εντός ενός ευλόγου χρόνου προκειμένου να επωφεληθούν από την απόκτηση μηχανημάτων προηγμένης τεχνολογίας που κυκλοφορούν εν τω μεταξύ στην αγορά, τα οποία παρέχουν και δυνατότητες μειώσεως του κόστους θεραπείας με τη χρήση λιγότερων αναλωσίμων ή/και βελτιώσεως της ποιότητας των υπηρεσιών αιμοκάθαρσης που λαμβάνουν οι ασθενείς.

Ενδεικτική είναι επίσης η απάντηση του Γ.Π.Ν. Παπαγεωργίου ²³², σε ερώτηση που απηύθυνε η ΓΔΑ στο πλαίσιο μιας μορφής SSNIP test σχετικά με το αν θα ήταν δυνατή η αντικατάσταση μηχανήματος τεχνητού νεφρού σε περίπτωση σημαντικής αύξησης στην τιμή των ανταλλακτικών του, στην οποία γράφει ότι «*Η υπόθεση αυτή είναι χωρίς πρακτική αξία γιατί όποια πιθανή αύξηση στην τιμή των ανταλλακτικών θα έχει, μάλλον, αντανάκλαση στην επόμενη προσφορά του συντηρητή που θα κατατεθεί όταν λήξει η τρέχουσα σύμβαση πλήρους συντήρησης. Δεν υπάρχει επομένως νομότυπος λόγος για την διακοπή κάποιας εν ισχύ σύμβασης αφού δεν πρόκειται να επιβαρυνθεί το Νοσοκομείο*». Όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, από την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ προέκυψε ότι το δημόσιο νοσοκομείο δεν είναι σε τέτοιο βαθμό εγκλωβισμένο, αλλά αντίθετα διαθέτει ορισμένες εναλλακτικές λύσεις ²³³. Σε κάθε δε

²³⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 7890/28.12.2015 απαντητική επιστολή από το νοσοκομείο Ευαγγελισμός.

²³¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 2097/30.03.2018 απαντητική επιστολή της [...].

²³² Υπ' αριθ. πρωτ. 1732/10.03.2015 απαντητική επιστολή από το νοσοκομείο Γ.Π.Ν. Παπαγεωργίου.

²³³ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 101 («*Α. ΝΑΚΟΥ: Αρα λέτε λοιπόν ότι, σε απάντηση στην ερώτηση της κα Δρίτσα, ότι εάν μετά τη δεκαετία που θα προκηρύξει ξεχωριστό διαγωνισμό για συντήρηση η συντήρηση, η προσφορά συντήρησης της GAMBRO είναι πολύ υψηλή, λαμβάνοντας υπόψη το αντίστοιχο κόστος υπηρεσιών των άλλων μηχανημάτων που έχει εγκατεστημένα, άσχετο αν δεν έχει λήξει η συντήρηση την ίδια εποχή, δεν θα δεχθεί αυτή τη προσφορά ως υψηλή. [...]: Σωστά.*

Α. ΝΑΚΟΥ: Και τι θα κάνει; Θα κηρύξει άγονο το διαγωνισμό; Θα κλειδώσει το μηχάνημα μέχρι να ξαναβρεί συντηρητή σε καλύτερη τιμή;

[...]: Μπορεί να κηρύξει άγονο το διαγωνισμό, να τον επαναπροκηρύξει, είτε να παροπλίσει τα μηχανήματα και να πει δεν με συμφέρει.» και σελ. 102 («[...]: Δεν έχει συμβεί αυτό. Μπορεί να το παροπλίσει. Μπορεί να βγάλει κάποιο καινούριο διαγωνισμό.**

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα και πάλι πού θα καταλήξει;

[...]: Μπορεί να ζητήσει οικονομικότερη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα ο ίδιος διαγωνισμός, αφού λέτε υπάρχει μόνο η GAMBRO, στο ίδιο δεν θα καταλήξει και ο νέος διαγωνισμός;

[...]: Θα ζητήσει αναπροσαρμογή. Θα πει δώσε μου καλύτερη οικονομική προσφορά, δεν με συμφέρει. Έχει γίνει αυτό το πράγμα. Έχει ζητήσει νοσοκομείο να δώσουμε καλύτερη προσφορά, βελτιωμένη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Και εσείς δώσατε;

[...]: Φυσικά.»).

περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου, αλλά και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας επιβεβαιώθηκε ότι οι εταιρίες έχουν ως πρώτιστο βασικό κίνητρό τους να εξακολουθήσουν να συνεργάζονται με τα δημόσια νοσοκομεία, τα οποία στην πλειονότητά τους έχουν μικτό στόλο μηχανημάτων (δηλαδή, όχι μόνο ενός σήματος), ακριβώς επειδή θέλουν να αποφύγουν τυχόν «εγκλωβισμό» τους σε ένα και μόνο σήμα. Για τους λόγους αυτούς, οι εταιρίες δεν έχουν μεσο-μακροπρόθεσμα συμφέρον να αυξήσουν την τιμή των ανταλλακτικών του μηχανήματος. Όπως ανέφερε χαρακτηριστικά ο μάρτυρας [...] ²³⁴ απαντώντας σε ανάλογη σχετική ερώτηση, «[Ε]άν λοιπόν η GAMBRO ή η BAXTER, που έχει δώσει τα μηχανήματα αυτά στο συγκεκριμένο νοσοκομείο, «εκμεταλλευτεί» το νοσοκομείο κατά την αντικατάσταση των μηχανημάτων αυτών, το νοσοκομείο στον επόμενο διαγωνισμό θα λάβει υπόψη βεβαίως αυτή τη δυναμική, ότι έτυχε εκμετάλλευσης απ' τη συγκεκριμένη εταιρία, και δεν θα την επιλέξει στον επόμενο της διαγωνισμό.».

146. Από τις διακηρύξεις διαγωνισμών, συνήθως ανοικτών, για την προμήθεια μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και ειδικότερα τις τεχνικές προδιαγραφές τους, προκύπτει σε αρκετές περιπτώσεις ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέσει έμπειρο προσωπικό για την επίδειξη και εκπαίδευση των χειριστών, όπως επίσης και την εκπαίδευση των τεχνικών του νοσοκομείου στην επισκευή και συντήρηση αυτών, για όσο χρονικό διάστημα χρειαστεί. Σε ορισμένες συμβάσεις αναφέρεται ότι ο τεχνικός του νοσοκομείου που θα εκπαιδευτεί για τη συντήρηση των μηχανημάτων θα παρακολουθεί όλες τις μετεκπαιδεύσεις που θα πραγματοποιούνται για τους τεχνικούς του οίκου και του χορηγείται πιστοποιητικό ώστε να μπορεί να επεμβαίνει για επισκευή και συντήρηση ²³⁵ ²³⁶. Επιπλέον, ο ανάδοχος οφείλει να μπορεί να παρέχει ανταλλακτικά και εξαρτήματα για τουλάχιστον 10 έτη. Σε ορισμένες δε διακηρύξεις οφείλει να μπορεί να παρέχει συνεργείο συντήρησης-επισκευής με εκπαιδευμένους και έμπειρους τεχνικούς για τουλάχιστον 10 έτη ²³⁷. Άλλοτε πάλι υπάρχει πρόβλεψη για μετά την λήξη του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, οπότε ο ανάδοχος με ή χωρίς ρήτρα προαίρεσης, μπορεί να υποβάλει προσφορά για το ετήσιο κόστος συντήρησης με ή χωρίς ανταλλακτικά τουλάχιστον μέχρι την συμπλήρωση δεκαετίας από την παράδοση των μηχανημάτων ²³⁸. Η αξία της προσφοράς για συμβόλαιο 8-10 χρόνων συντήρησης συνυπολογίζεται στη συνολική τιμή της προσφοράς, προκειμένου να αναδειχθεί η χαμηλότερη «συγκριτική» ²³⁹ τιμή για την ανάδειξη του μειοδότη για την προμήθεια των μηχανημάτων, και το προσφερόμενο συμβόλαιο συντήρησης είναι στην ευχέρεια του νοσοκομείου να τεθεί ή όχι σε εφαρμογή ^{240,241}. Η «συγκριτική»

²³⁴ ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 85.

²³⁵ Βλ. Σύμβαση Προμήθειας υπ' αριθ. 86/2013 μεταξύ του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης ΠΠΟΚΡΑΤΕΙΟ και της εταιρίας ΑΡΗΤΗ Α.Ε., την οποία υπέβαλλε η τελευταία με την υπ' αριθ. πρωτ. 1774/16.03.2018 επιστολή της.

²³⁶ Επιπλέον με την παράδοση των μηχανημάτων, ο ανάδοχος οφείλει να παραδώσει όλα τα αναλυτικά εγχειρίδια (operators manual) και το αντίστοιχο (οδηγίες χρήσης) μεταφρασμένο στα ελληνικά.

²³⁷ Βλ. ΑΔΑ: ΩΓΛΙ46907Ι-ΧΜΥ. Βλ. και Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης υπ' αριθ. 2ΕΔ/12 του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου «Βενιζέλειο» με ημερομηνία 12.3.2013 που υπέβαλλε η GAMBRO ως παράρτημα 19 με την υπ' αριθ. 3859/7.7.2017 επιστολή της.

²³⁸ Βλ. Σχέδιο Σύμβασης Προμήθειας του Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου «Βενιζέλειο Πανάνειο» με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με ημερομηνία 29.12.2009 η οποία υποβλήθηκε ως σχετ. 2 με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.2.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

²³⁹ Βλ. και Επανάληψη του Διαγωνισμού βάσει της Διακήρυξης 247/2001 για τις ανάγκες του Υπουργείου Υγείας Πρόνοιας με ημερομηνία 10.5.2002 που υπέβαλλε η ΣΕΡΚΟ ως σχετ. 41 με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.2.2015 επιστολή της.

²⁴⁰ Βλ. Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης υπ' αριθ. 2ΕΔ/12 του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου «Βενιζέλειο» με ημερομηνία 12.3.2013 που υπέβαλλε η GAMBRO ως παράρτημα 19 με την υπ' αριθ. 3859/7.7.2017 επιστολή της. Βλ. και παράρτημα 20 της ίδιας επιστολής, με τους όρους διακήρυξης πρόχειρου διαγωνισμού του Γενικού Νοσοκομείου Καρπενησίου με αρ. πρωτ. Δ394/23.7.2014. Βλ. και Επανάληψη του Διαγωνισμού βάσει της Διακήρυξης 247/2001

τιμή διαμορφώνεται από την τιμή προσφοράς, το κόστος εγκατάστασης – λειτουργίας και συντήρησης αν προβλέπεται από την τεχνική προδιαγραφή και ως συμφερότερη προσφορά είναι εκείνη που παρουσιάζει τον μικρότερο λόγο (Λ) της τιμής προσφοράς (συγκριτικής) προς την βαθμολογία της. Λ-Συγκριτική τιμή / Σταθμισμένη βαθμολογία. Σε αυτές τις περιπτώσεις, οι προτεινόμενες τιμές αναπροσαρμόζονται τιμαριθμικά κάθε χρόνο²⁴². Τέλος, σε ορισμένες διακηρύξεις απαιτείται και η κατάθεση τιμοκαταλόγων ανταλλακτικών.

147. Αναφορικά δε με τα αναφερόμενα στην προσκομισθείσα μελέτη (ANALYSIS) από τη ΣΕΡΚΟ, λεκτέα είναι τα εξής:
148. Η μελέτη ANALYSIS, αν και δέχεται ότι τα νοσοκομεία λαμβάνουν υπόψη και μάλιστα δεσμεύουν το κόστος επισκευής και συντήρησης και ανταλλακτικών σε βάθος 10ετίας θεωρεί πως κάτι τέτοιο δεν είναι επαρκές για την προστασία των νοσοκομείων από αυξήσεις στις τιμές της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, για τέσσερις λόγους:
149. Πρώτον, η εταιρία GAMBRO μονοπωλώντας την αγορά ανταλλακτικών των μηχανημάτων της, μέσω του ορισμού αποκλειστικού διανομέα και προμηθευτή και στεγανοποιώντας πλήρως την ελληνική αγορά από παράλληλες ευρωπαϊκές εισαγωγές, στοχεύει στην πλήρη εξάλειψη του ανταγωνισμού στις δευτερεύουσες αγορές με σκοπό την πιο αποτελεσματική άσκηση πολιτικής διακριτών τιμών.
150. Κατ' αρχήν η λειτουργία της σχετικής αγοράς και ο ορισμός της δεν εκπορεύεται από τη συμπεριφορά μίας και μόνο προμηθεύτριας επιχείρησης. Η μελέτη προϋποθέτει τη διάκριση των αγορών για να προσδώσει μονοπωλιακή δύναμη στη GAMBRO, ως επιχείρημα για την απόδειξη του μη ενιαίου της αγοράς. Ο συλλογισμός αυτός δεν μπορεί να γίνει δεκτός, καθώς η αγορά θεωρείται ενιαία. Επίσης, από την έρευνα της Υπηρεσίας και όπως επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς που διατυπώνονται στη μελέτη της ANALYSIS, είναι σαφές ότι το εκάστοτε νοσοκομείο, με τη δεδομένη διάθεση πληρωμής που έχει, έχοντας και διαπραγματευτική δύναμη, δύναται να προφυλαχθεί από αυξήσεις στην τιμή της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, μέσα από την δέσμευση των τιμών τους σε βάθος χρόνου. Τα επιχειρήματα που εκτίθενται στην μελέτη, παίρνοντας ως δεδομένο ότι η αγορά είναι το ίδιο το σήμα, αφορούν στο κατά πόσο η μονοπώληση μιας δευτερογενούς αγοράς (το οποίο ισχύει μόνο στην περίπτωση που γίνει δεκτό εκ προοιμίου ότι υπάρχουν διακριτές αγορές), μπορεί να οδηγήσει στη διακριτική τιμολόγηση. Ο ισχυρισμός ότι αυτό μπορεί να συμβεί στο μέλλον και να αποτελέσει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης προϋποθέτει τον ορισμό διακριτών αγορών μεταξύ πρωτεύουσας και δευτερογενών αγορών βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως αυτά έχουν αναλυθεί παραπάνω.
151. Δεύτερον, η μελέτη θεωρεί πως η GAMBRO μονοπωλώντας τις δευτερεύουσες αγορές ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων της, έχει τη

για τις ανάγκες του Υπουργείου Υγείας Πρόνοιας με ημερομηνία 10.5.2002 που υπέβαλλε η ΣΕΡΚΟ ως σχετ. 41 με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.2.2015 επιστολή της.

²⁴¹ Βλ. Σύμβαση Προμήθειας υπ' αριθ. 86/2013 μεταξύ του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης ΙΠΠΟΚΡΑΤΕΙΟ και της εταιρίας ΑΡΗΤΗ Α.Ε., την οποία υπέβαλλε η τελευταία με την υπ' αριθ. πρωτ. 1774/16.03.2018 επιστολή της.

²⁴² Βλ. Σύμβαση προμήθειας μεταξύ της Δ/σης Ιατρικού – Ηλεκτρονικού Εξοπλισμού του Υπουργείου Ανάπτυξης και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σε συνέχεια της υπ' αριθ. 247/2001 Διακήρυξης για λογαριασμό του Υπουργείου Υγείας Πρόνοιας (Διάφορα Νοσοκομεία), του ΓΕΣ και του Β' Νοσοκομείου ΙΚΑ Θεσσαλονίκης, την οποία υπέβαλλε η ΣΕΡΚΟ ως σχετ. 41 με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.2.2015 επιστολή της. Βλ. και Επανάληψη του Διαγωνισμού βάσει της Διακήρυξης 247/2001 για τις ανάγκες του Υπουργείου Υγείας Πρόνοιας με ημερομηνία 10.5.2002 που υπέβαλλε η ΣΕΡΚΟ ως σχετ. 41 με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.2.2015 επιστολή της.

δυνατότητα να ελέγχει πλήρως όχι μόνο τις τιμές των αγορών αυτών, αλλά και την ποιότητα των μηχανημάτων της προς όφελός της. Μειώνοντας την ποιότητα των ήδη πωληθέντων μηχανημάτων η GAMBRO είναι σε θέση να αυξήσει τη διάθεση πληρωμής ενός αγοραστή για ένα νέο μηχάνημα και κατ' επέκταση την τιμή πώλησης των νέων μηχανημάτων. Η ΕΑ θεωρεί ότι το εν λόγω επιχείρημα αγνοεί τις ανταγωνιστικές πιέσεις που δέχεται η GAMBRO στην πρωτογενή αγορά στην οποία, η αυξημένη τιμή για νέα μηχανήματα, αλλά και η μειωμένη ποιότητα των υφιστάμενων μηχανημάτων θα ληφθούν υπόψη από τα νοσοκομεία και θα επηρεάσουν τις μελλοντικές αποφάσεις τους υπέρ ανταγωνιστικών οίκων, καθιστώντας την συγκεκριμένη στρατηγική ατελέσφορη. Αυτό επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας²⁴³. Σύμφωνα με τη θεωρία και τη νομολογία, η επιχείρηση περιορίζεται στη δυνατότητά της να δρα ανεξάρτητα στις δευτερεύουσες αγορές, χωρίς δηλαδή να λαμβάνει υπ' όψη τις ανταγωνιστικές πιέσεις, και από τις επιπτώσεις των ενεργειών της στη φήμη και την υπόληψη του προϊόντος της (reputation effects)²⁴⁴. Επίσης, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς που διατυπώνονται στην εν λόγω μελέτη, είναι σαφές για την ΕΑ με βάση και την ακροαματική διαδικασία, ότι ένα νοσοκομείο μπορεί τελικά να προφυλαχθεί από μελλοντικές αυξήσεις στις τιμές μέσω των δεσμευτικών προσφορών, σε βάθος χρόνου, με δεδομένο το οποιοδήποτε επίπεδο ποιότητας έχει επιλέξει η GAMBRO να παράσχει, όπως αναλύεται και παραπάνω.

152. Τρίτον, σύμφωνα με την μελέτη ANALYSIS ο κύκλος ζωής ενός μηχανήματος τοποθετείται στην εικοσιπενταετία, με αποτέλεσμα η μελέτη να καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ακόμα και εάν μπορούσε να υποθεθεί ότι η εκτίμηση του κόστους των ανταλλακτικών σε βάθος δεκαετίας μπορεί να λειτουργήσει δεσμευτικά για την επιχείρηση που καταθέτει την αρχική προσφορά, υπάρχει μεγάλο χρονικό περιθώριο μετά τη χρονική λήξη της προσφοράς, δηλαδή μετά την δεκαετία, που δυνητικά θα μπορούσε να εκμεταλλευτεί μία επιχείρηση και να αυξήσει τις τιμές των ανταλλακτικών.

153. Το εν λόγω επιχείρημα δεν επιβεβαιώθηκε ούτε από την έρευνα της Υπηρεσίας ούτε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας από την ΕΑ. Όπως έχει ήδη αναφερθεί, από τις απαντήσεις των νοσοκομείων αλλά και των οίκων κατασκευής, ο μέσος κύκλος ζωής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού εκτιμάται στη δεκαπενταετία. Άλλο είναι ο μέσος κύκλος ζωής και άλλο το ανώτατο όριο ζωής. Εκτιμάται ότι, δεδομένου του χρονικού περιθωρίου από την λήξη της σύμβασης και μέχρι την ολοκλήρωση του κύκλου ζωής ενός μηχανήματος, μια σημαντική αύξηση στην τιμή της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά δεν θα ήταν επικερδής. Ειδικότερα, αν με το πέρας της δεκαετίας, για τα υπολειπόμενα δηλαδή 5 έτη, κατατεθούν προσφορές με σημαντικά αυξημένες τιμές για επισκευή και συντήρηση, τότε πλέον το νοσοκομείο είναι πολύ πιθανό να σκεφτεί την αλλαγή του εν λόγω μηχανήματος, το οποίο πλέον είναι στο τέλος του κύκλου ζωής του και η αξία κτήσης του έχει αποσβεστεί πλέον. Το Σισμανόγλειο σε σχετική ερώτηση που του απεύθυνε η ΓΔΑ, προβαίνοντας σε μία μορφή SSNIP test, απάντησε²⁴⁵ ότι υπήρξε περίπτωση αντικατάστασης μηχανήματος τεχνητού νεφρού πριν την ολοκλήρωση του κύκλου ζωής του (ήτοι είκοσι έτη) επειδή κρίθηκε ασύμφορη η επισκευή του. Σχετικώς το νοσοκομείο ΘΡΙΑΣΙΟ²⁴⁶, στο ερώτημα αν θα ήταν δυνατή η αντικατάσταση μηχανήματος τεχνητού νεφρού σε περίπτωση σημαντικής αύξησης στην τιμή των ανταλλακτικών του, αναφέρει ότι εάν «το κόστος συντήρησης είναι υψηλό και η ηλικία του μηχανήματος μεγάλη, ναι είναι

²⁴³ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, κατάθεση [...], ό.π.

²⁴⁴ Βλ. σχετικά απόφαση της Αγγλικής Αρχής Ανταγωνισμού, Case no. CA98/6/2001, ICL/SYNSTAR, παρ. 33.

²⁴⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 7853/23.12.2015 απαντητική επιστολή από το νοσοκομείο Σισμανόγλειο.

²⁴⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 7441/10.12.2015 απαντητική επιστολή από το νοσοκομείο ΘΡΙΑΣΙΟ.

λογικό να σκέπτεται κάποιος την αντικατάσταση του εξοπλισμού.». Επίσης το νοσοκομείο Ευαγγελισμός αναφέρει «*Αν δεν δεσμεύονται οι τιμές πλήρους συντήρησης (εργασία και ανταλλακτικά) για τουλάχιστον μία δεκαετία τότε δεν μπορεί να αποκλειστεί μια τέτοια αύξηση των τιμών που θα είχε ως αποτέλεσμα να οδηγηθούμε σε αγορά νέου εξοπλισμού.*» Το Π.Γ.Ν. Αλεξανδρούπολης επισημαίνει²⁴⁷ «*Αν το κόστος συντήρησης και επισκευής ενός μηχανήματος είναι ασύμφορο βάσει των ισχυουσών τιμών της αγοράς και η αντικατάσταση του αποδεδειγμένα είναι πιο συμφέρουσα, τότε φαίνεται λογική η νόμιμη διαδικασία της προμήθειας νέου μηχανήματος.*» Τέλος, το Π.Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων το οποίο, όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, θεωρεί ότι μια λογική αύξηση στην τιμή των ανταλλακτικών δεν θα συντελέσει στην αντικατάσταση μηχανήματος, συμπληρώνει²⁴⁸ ότι «*αν συνυπάρχουν μια μεγάλη παράλογη αύξηση στην τιμή των ανταλλακτικών και μεγάλη παλαιότητα του εξοπλισμού που έτσι κι αλλιώς θα χρειαστεί αντικατάσταση*», το νοσοκομείο θα προέβαινε στην αντικατάσταση του μηχανήματος.

154. Αξιοσημείωτη είναι και η απάντηση της [...] ²⁴⁹, σε ερώτηση που απηύθυνε η ΓΔΑ σχετικά με το αν θα ήταν δυνατή η αντικατάσταση μηχανήματος τεχνητού νεφρού από τα νοσοκομεία σε περίπτωση σημαντικής αύξησης στην τιμή των ανταλλακτικών του, στην οποία αναφέρει ότι τα «*Ελληνικά Δημόσια Νοσοκομεία πιθανώς θα είχαν λόγο να προβούν σε αγορά νέου μηχανήματος είτε σε περίπτωση που εξασφάλιζαν μεγάλο χρόνο εγγύησης η οποία συμπεριλαμβάνει την τιμή των ανταλλακτικών καθώς και το κόστος της προληπτικής και επισκευαστικής συντήρησης, ή σε περίπτωση που διαθέτουν μηχανήματα παλαιότερης τεχνολογίας τα οποία γενικώς χρησιμοποιούν και περισσότερα αναλώσιμα υλικά με αποτέλεσμα αυξημένο κόστος θεραπείας*».
155. Άλλωστε, όπως ήδη αναφέρθηκε και επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ, το νοσοκομείο μπορεί να προφυλαχθεί από απότομες αυξήσεις στις τιμές της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, με αντίστοιχες δεσμεύσεις και στις συμπληρωματικές συμβάσεις συντήρησης. Στην περίπτωση του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αθηνών στις συμβάσεις συντήρησης κι επισκευής έξι μηχανημάτων GAMBRO, χωρίς ανταλλακτικά από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (Σύμβαση 16/2013), υπήρχε πρόβλεψη (άρθρο 5 παρ. 4), που αναφέρει «*Η τιμολόγηση των ανταλλακτικών-αναλωσίμων υλικών θα γίνεται με βάση τον εκάστοτε επίσημο τιμοκατάλογο που πρέπει να εξάγεται με βάση επίσημα στοιχεία αρμόδιων αρχών για τις σημειούμενες κάθε φορά αυξήσεις (χωρίς να υπερβαίνει τον Δ.Τ.Κ.)*». Σημειώνεται δε ότι κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ δεν διαπιστώθηκε ότι υπήρξε κάποια περίπτωση κατά την οποία εντοπίστηκε απότομη αύξηση στις τιμές της επισκευής και συντήρησης με ανταλλακτικά, με αντίστοιχες δεσμεύσεις και στις συμπληρωματικές συμβάσεις συντήρησης.
156. Τέλος, η μελέτη, παραθέτει οικονομικό υπόδειγμα βάσει του οποίου προκύπτει ότι από τη στιγμή που ένα νοσοκομείο αγοράσει ένα μηχάνημα, είναι σε πολύ μεγάλο βαθμό εγκλωβισμένο σε αυτή του την αγορά και η επιχείρηση-πωλητής έχει σαφές κίνητρο να εκμεταλλευτεί αυτή την κατάσταση. Η πιο σημαντική παράμετρος είναι ότι το νοσοκομείο εισέρχεται οικειοθελώς σε αυτή την εμπορική συναλλαγή γνωρίζοντας πολύ καλά, σύμφωνα με τη μελέτη, ότι η τιμή χρέωσης στη δευτερογενή αγορά θα είναι πολύ υψηλότερη του κόστους. Αυτή όμως η παραδοχή της μελέτης δεν μπορεί να γίνει δεκτή εν προκειμένω, για το λόγο αφενός ότι η ΕΑ θεωρεί πως η αγορά είναι ενιαία και αφετέρου ότι, όπως επιβεβαιώθηκε και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ, ένα δημόσιο νοσοκομείο ως «ευφύης» καταναλωτής έχει βρει τα μέσα και τους τρόπους εκείνους, ώστε να εμποδίσει τις

²⁴⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 7721/18.12.2015 απαντητική επιστολή του Π.Γ.Ν. Αλεξανδρούπολης.

²⁴⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 1812/13.03.2015 απαντητική επιστολή του Π.Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων.

²⁴⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1901/18.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

επιχειρήσεις πωλητές να προβούν σε απότομες αυξήσεις τιμών, είτε επιλέγοντας μηχανήματα για το στόλο του όχι μόνο από ένα σήμα, είτε ζητώντας από τις εταιρίες να προβούν σε καλύτερη προσφορά²⁵⁰, είτε ως έσχατο μέτρο «παροπλίζοντας» το μηχάνημα για κάποιο χρονικό διάστημα, μέχρις ότου επιτευχθούν επωφελέστερες για το Δημόσιο τιμές. Διευκρινίζεται επίσης ότι κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας περίπτωση κατά την οποία νοσοκομείο να προέβη σε παροπλισμό μηχανήματος δεν εντοπίστηκε και ο λόγος είναι ότι αυτό αποτελεί έσχατο μέτρο, στο οποίο δεν έχει χρειασθεί μέχρι σήμερα να φτάσουν τα δημόσια νοσοκομεία, καθόσον είτε τα νοσοκομεία δεν έχουν εντοπίσει σε κάποια έστω περίπτωση απότομες αυξήσεις τιμών είτε επειδή στις περιπτώσεις που τυχόν εντοπίστηκε αύξηση τιμών, το νοσοκομείο ζήτησε να γίνει καλύτερη προσφορά, την οποία και επέτυχε²⁵¹. Ταυτόχρονα, δεν θα πρέπει να υποτιμάται και η προφανής βούληση των εταιριών να εξακολουθήσουν να συνεργάζονται σε μεσομακροπρόθεσμο ορίζοντα με τα δημόσια νοσοκομεία τα οποία κάνουν τις επιλογές τους κατά κανόνα μετά από δημόσιους διαγωνισμούς. Επιπλέον, στην υπό εξέταση περίπτωση αναπτύχθηκε εκτενώς ότι το κόστος της παροχής υπηρεσιών μετά την πώληση, υπολογιζόμενο στον εκτιμώμενο κύκλο ζωής του μηχανήματος ανέρχεται σε πολύ σημαντικό ποσοστό του συνολικού κόστους, οι αγοραστές είναι εξειδικευμένοι και απαιτητικοί, ενδιαφέρονται και δύνανται να υπολογίζουν λεπτομερώς το κόστος αυτό, το οποίο όχι μόνο πληροφορούνται, αλλά προδιαγράφουν, λαμβάνοντας και σχετικές δεσμευτικές προσφορές από τον προμηθευτή, κατά το χρόνο της αγοράς του πρωτογενούς προϊόντος, για διάστημα που υπερβαίνει τον ενδεικνυόμενο κατά τον κατασκευαστή κύκλο ζωής του μηχανήματος. Για τους λόγους αυτούς, αλλά και ενόψει των λοιπών κρίσιμων επιμέρους παραμέτρων που αναλύθηκαν προηγουμένως είναι σαφές ότι εν προκειμένω, από το σκεπτικό της απόφασης CEHR, την οποία επικαλείται η καταγγέλλουσα, η οποία υπόθεση αφορά ρολόγια πολυτελείας το κόστος επισκευής των οποίων είναι αμελητέο σε σχέση με την τιμή αγοράς του πρωτεύοντος προϊόντος, εξάγονται εξ αντιδιαστολής τα αντίθετα προς εκείνα της απόφασης συμπεράσματα.

157. Ιδιαίτερη σημασία για τον ορισμό μιας σχετικής αγοράς από τη νομολογία της Ε.Ε. και την πρακτική της Ε.Α, δίνεται και στη διάρθρωση της προσφοράς στην αγορά, γεγονός το οποίο φαίνεται να δέχεται και η καταγγέλλουσα όταν αναφέρει πως ισχυρή ένδειξη ότι η δευτερεύουσα αγορά της επισκευής και συντήρησης είναι διακριτή και αυτοτελής από την αγορά των πρωτογενών μηχανημάτων, είναι το γεγονός ότι

²⁵⁰ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 101 («A. ΝΑΚΟΥ: Άρα λέτε λοιπόν ότι, σε απάντηση στην ερώτηση της κα Δρίτσα, ότι εάν μετά τη δεκαετία που θα προκηρύξει ξεχωριστό διαγωνισμό για συντήρηση ή συντήρηση, η προσφορά συντήρησης της GAMBRO είναι πολύ υψηλή, λαμβάνοντας υπόψη το αντίστοιχο κόστος υπηρεσιών των άλλων μηχανημάτων που έχει εγκατεστημένα, άσχετο αν δεν έχει λήξει η συντήρηση την ίδια εποχή, δεν θα δεχθεί αυτή τη προσφορά ως υψηλή.

[...]: Σωστά.

A. ΝΑΚΟΥ: Και τι θα κάνει; Θα κηρύξει άγωνα το διαγωνισμό; Θα κλειδώσει το μηχάνημα μέχρι να ξαναβρεί συντηρητή σε καλύτερη τιμή;

[...]: Μπορεί να κηρύξει άγωνα το διαγωνισμό, να τον επαναπροκηρύξει, είτε να παροπλίσει τα μηχανήματα και να πει δεν με συμφέρει.» και σελ. 102 («[...]: Δεν έχει συμβεί αυτό. Μπορεί να το παροπλίσει. Μπορεί να βγάλει κάποιο καινούριο διαγωνισμό.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα και πάλι πού θα καταλήξει;

[...]: Μπορεί να ζητήσει οικονομικότερη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα ο ίδιος διαγωνισμός, αφού λέτε υπάρχει μόνο η GAMBRO, στο ίδιο δεν θα καταλήξει και ο νέος διαγωνισμός;

[...]: Θα ζητήσει αναπροσαρμογή. Θα πει δώσε μου καλύτερη οικονομική προσφορά, δεν με συμφέρει. Έχει γίνει αυτό το πράγμα. Έχει ζητήσει νοσοκομείο να δώσουμε καλύτερη προσφορά, βελτιωμένη προσφορά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Και εσείς δώσατε;

[...]: Φυσικά.»).

²⁵¹ Βλ. κατάθεση [...], ό.π.

υπάρχουν επιχειρήσεις (όπως η ΣΕΡΚΟ) που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά και μόνο στην αγορά συντήρησης και επισκευής τα τελευταία τριάντα χρόνια. Τόσο το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, όσο και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, λαμβάνει υπόψη ως σοβαρή ένδειξη υπέρ της διάκρισης των αγορών το γεγονός ότι ορισμένοι επιχειρηματίες είναι εξειδικευμένοι και ασκούν δραστηριότητες στη διάθεση μόνο του πρωτογενούς ή του δευτερογενούς προϊόντος²⁵².

158. Η ΣΕΡΚΟ προκρίνει το γεγονός ότι δραστηριοποιείται η ίδια ως ανεξάρτητος επισκευαστής – από τον Αύγουστο του 2010 και έπειτα, αφού πριν την καταγγελία των σχέσεων της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ και στη συνέχεια με την GAMBRO, εκείνη λειτουργούσε ως αποκλειστικός αντιπρόσωπος της τελευταίας σύμφωνα και με τις αποφάσεις 5667/2015 του ΠΠρΑθ και 2041/2017 του ΔΕφΑθ -, ως επιχείρημα για την ύπαρξη διακριτών αγορών μηχανημάτων και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης αυτών.
159. Σχετικά με την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων GAMBRO, διαφωτιστική είναι η επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς το Γενικό Νοσοκομείο Μελισσίων «Αμαλία Φλέμιγκ» με ημερομηνία 28.3.2011²⁵³ στην οποία αναφέρει μεταξύ άλλων τα εξής: *«Ο κατασκευαστής οίκος Gambro Lundia AB, από 11/8/2010, έχει ανακαλέσει τη βεβαίωση αποκλειστικότητας που παρείχε τόσα χρόνια στην εταιρεία μας ... και την αντικατέστησε με νέα βεβαίωση η οποία έχει ως: «Η ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ αποτελεί πιστοποιημένο πάροχο συντήρησης και υπηρεσιών επισκευής και παροχής ανταλλακτικών για τα μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού της εταιρείας Gambro.» ... Τόσα χρόνια συνεργαζόσασταν με την εταιρεία μας μέσω απ' ευθείας αναθέσεων λόγω αποκλειστικότητας βάσει του Ν.2286/1995 Άρθρο 2 παραγραφ. 13 περίπτωση II, η οποία αποκλειστικότητα της εταιρείας μας ήταν καθ' όλα πραγματική, καθ' όσον όλα αυτά τα χρόνια από το 1991 έως το 2010, που υπογράψατε την τελευταία σύμβαση μαζί μας, δεν σας εξέφρασε κανείς άλλος συντηρητής την επιθυμία να αναλάβει το service των μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Gambro του Νοσοκομείου σας. Πως αποφασίσατε να συνάψετε απ' ευθείας ανάθεση λόγω αποκλειστικότητας σύμβαση με μια άλλη εταιρεία, τη στιγμή που γνωρίζετε πολύ καλά ότι δεν υφίσταται μια και μοναδική εταιρεία συντηρητής πλέον, για τα συγκεκριμένα μηχανήματά σας; ... Οι προσπάθειες τόσο του Υπουργείου Υγείας όσο και των Δημόσιων Νοσοκομείων απ' όσο έχουμε καταλάβει, βρίσκονται στην κατεύθυνση εντάσεως του ανταγωνισμού με απώτερο σκοπό την επίτευξη καλύτερων τιμών. Οι απ' ευθείας αναθέσεις λόγω αποκλειστικότητας είναι η έσχατη λύση, λόγω αδυναμίας δημιουργίας και ανάπτυξης ανταγωνισμού από τα Δημόσια Νοσοκομεία, στις περιπτώσεις τις οποίες πραγματικά υπάρχει ένας και μοναδικός υποψήφιος προμηθευτής για συγκεκριμένη υπηρεσία ή προϊόν. Για το λόγο αυτό το σύνολο των Δημόσιων Νοσοκομείων της χώρας, τις συμβάσεις για τη συντήρηση του Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού τους δεν τις ανανεώνουν πλέον όπως στο παρελθόν μέσω απ' ευθείας αναθέσεων αλλά μέσω Δημόσιων Διαγωνισμών».*
160. Η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι ένδειξη για την αυτοτέλεια των δευτερογενών αγορών αποτελεί το γεγονός ότι σε ορισμένες περιπτώσεις τα νοσοκομεία αγοράζουν τα αναγκαία για την συντήρηση ή επισκευή ανταλλακτικά χωριστά από την υπηρεσία συντήρησης και επισκευής. Όπως αναφέρει και η [...] ²⁵⁴ *«για την συντήρηση μηχανημάτων δεν αποκλείεται τα Νοσοκομεία να μπορούν να οργανώσουν δικά τους*

²⁵² ΓενΔΕΕ Τ-30/89, *Hilti κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. II-1439, σκ. 67, ΓενΔΕΕ Τ-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 112, ΓενΔΕΕ Τ-86/95 *Companie Generale Maritime κατά Επιτροπής* Συλλ. 2002, σελ. II-1011, σκ. 128-129, με την οποία επικυρώθηκε η διαπίστωση της Επιτροπής ότι οι αγορές ήταν ξεχωριστές, εν μέρει καθόσον δραστηριοποιούνταν αποκλειστικά στη δευτερογενή αγορά ανεξάρτητοι επισκευαστές.

²⁵³ Βλ. σχετ. 23 της υπ' αριθ. πρωτ. 5858/5.10.2015 επιστολής της ΣΕΡΚΟ.

²⁵⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 1901/18.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

τιμήματα συντηρήσεως (τιμήματα Βιοϊατρικής Τεχνολογία), εφόσον το προσωπικό τους εκπαιδευτεί κατάλληλα. Εξ όσων γνωρίζουμε ορισμένα Νοσοκομεία διαθέτουν τέτοια εσωτερική υποστήριξη.» Από την έρευνα της ΓΔΑ, τέτοια περίπτωση εντοπίστηκε μόνο στην περίπτωση του Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων: «... Μετά την παρέλευση του χρόνου εγγύησης, το προσωπικό του Τμήματος Βιοϊατρικής Τεχνολογίας που έχει αρμοδιότητα την επισκευή-συντήρηση των Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού, διενεργεί αποκλειστικά μόνο του την επισκευή ή συντήρηση των Μηχανημάτων GAMBRO με χρήση αποκλειστικά γνήσιων ανταλλακτικών ...»²⁵⁵. Κατά την εξέταση της υπόθεσης, δεν βρέθηκε να υπάρχουν στην αγορά επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται μόνο στην προμήθεια ή τη διανομή ανταλλακτικών προς μεταπώληση ή προς ενσωμάτωση στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής, χωρίς να παρέχουν οι ίδιες ταυτόχρονα και υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης. Ενδεικτική είναι η δήλωση της [...]: «*Η πώληση των ανταλλακτικών είναι εξαιρετικά μικρό μέρος των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού οι οποίες συνήθως δίνονται στα Νοσοκομεία ως ολοκληρωμένα συμβόλαια παροχής υπηρεσιών τα οποία συμπεριλαμβάνουν τις ώρες ταξιδίου, τα εισιτήρια μετάβασης ή/και χρήσης αυτοκινήτων, τις ώρες εργασίας, την διαμονή, την διατροφή καθώς και τα ανταλλακτικά που απαιτούνται*»²⁵⁶.

161. Στην Υπόθεση Kodak²⁵⁷, επίκληση της οποίας γίνεται στη μελέτη ANALYSIS, κρίθηκε ότι η αγορά υπηρεσιών επισκευής μηχανημάτων μικροφίλμ και φωτοτυπικών μηχανημάτων ήταν ξεχωριστή από αυτή των ανταλλακτικών, καθώς υπήρχαν σημαντικές ενδείξεις ότι οι υπηρεσίες και τα ανταλλακτικά πωλούνταν ξεχωριστά. Το αυτό διαπιστώθηκε και στην Υπόθεση Hugin²⁵⁸, η οποία επίσης αναφέρεται στη μελέτη ANALYSIS, στην οποία κρίθηκε ότι η αγορά των ανταλλακτικών αποτελεί διακριτή αγορά, δεδομένου ότι οι αγοραστές των ανταλλακτικών είναι οι ανεξάρτητοι επισκευαστές που δραστηριοποιούνται στην αγορά. Εν προκειμένω, στην αγορά επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με ανταλλακτικά, πέραν της ΣΕΡΚΟ - η οποία μέχρι και το 2010 δραστηριοποιούταν ως αποκλειστικός αντιπρόσωπος ανταλλακτικών της GAMBRO και εφεξής ως ανεξάρτητος επισκευαστής λόγω της επιβολής προμήθειάς της με ανταλλακτικά από τις δικαστικές αποφάσεις 5667/2013, 2041/2016 και 176/2017 - υφίσταται – τουλάχιστον για τους δημόσιους διαγωνισμούς – μία ακόμη ανεξάρτητη εταιρία, η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ²⁵⁹, που πληροί τις προϋποθέσεις προκειμένου να συμμετέχει σε διαγωνισμούς δημόσιων νοσοκομείων (γι' αυτό και της ανατίθεται άλλωστε η συγκεκριμένη υπηρεσία από

²⁵⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 1812/13.03.2015 απαντητική επιστολή του Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων.

²⁵⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 1901/18.03.2015 απαντητική επιστολή της [...].

²⁵⁷ Eastman Kodak CO. vs Image Technical Services, Inc 504 US 451 (1992).

²⁵⁸ Υπόθεση 22/78, Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd κατά E.E.

²⁵⁹ Βλ .κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 11: «*A. ΝΑΚΟΥ: Ήθελα να ρωτήσω κάτι το οποίο δεν έχει να κάνει με την υπαγωγή στη νομοθεσία περί αθέμιτου ή περί ελεύθερου ανταγωνισμού. Είπατε πριν ότι η δραστηριότητά σας εδώ και 40 έτη ήταν η παροχή υπηρεσιών σέρβις μηχανημάτων GAMBRO. Σήμερα συνεχίζετε να παρέχετε αυτές τις υπηρεσίες ως ανεξάρτητος επισκευαστής;*

[...]: Συνεχίζω και παρέχω τις υπηρεσίες αυτές σε μηχανήματα που μπορώ, όχι κανονικά όπως κάποτε, επιλεκτικά κάποια νοσοκομεία, και σε μηχανήματα τα οποία έχω την τεχνογνωσία να τα κάνω, γιατί υπάρχουν και κάποιοι καινούριοι τύποι μηχανημάτων της εταιρίας GAMBRO στις οποίες δεν επεμβαίνω.

A. ΝΑΚΟΥ: Άρα για να καταλάβω, επειδή δεν έχετε πλέον σύμβαση...

[...]: Όχι. Σύμβαση εννοείτε με τη GAMBRO ή με τη BAXTER;

A. ΝΑΚΟΥ: Ναι.»

[...]: Όχι, δεν έχω.»

κάποια δημόσια νοσοκομεία για τη συντήρηση παλαιότερων μοντέλων ή της έχει ανατεθεί κατά το παρελθόν)^{260, 261}.

162. Προς επίρρωση της θέσης της περί ύπαρξης ανεξάρτητων επισκευαστών, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε και το υπ' αριθ. πρωτ. 570/24.01.2018 έγγραφό της στο οποίο επισυνάπτει πίνακα καταρτισμένο από τον ΕΟΠΥΥ με στοιχεία σχετικά με τους συντηρητές των μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού. Η Υπηρεσία στο πλαίσιο της έρευνάς της απέστειλε επιστολή στον ΕΟΠΥΥ σχετικά με τον εν λόγω πίνακα. Στο Παράρτημα Δ της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 παρατίθενται οι απαντήσεις των επίσημων διανομέων των κατασκευαστικών οίκων, καθώς και των εταιριών που φαίνεται ότι δραστηριοποιούνται ως ανεξάρτητοι επισκευαστές σε εκείνες τις περιπτώσεις, στο σύνολο των 74 Μονάδων που παρατίθενται στον πίνακα του ΕΟΠΥΥ, στις οποίες ως συντηρητής φαίνεται εταιρία άλλη από τον επίσημο διανομέα ή την Μονάδα. Όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα στοιχεία, κάποιιοι ανεξάρτητοι επισκευαστές φαίνεται να δραστηριοποιούνται σε ιδιωτικές μονάδες²⁶².

²⁶⁰ Προς επίρρωση βλ. και κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίαση της 04.03.2019, σελ. 5: «Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Τα νοσοκομεία ζητούν εξουσιοδότηση από την εταιρία για να κάνει αυτές τις συντηρήσεις ή μπορεί και χωρίς εξουσιοδότηση να γίνεται η συντήρηση;

[...]: Παλιότερα ζητούνταν εξουσιοδότηση. Πλέον υπάρχουν και άλλοι τρόποι με τους οποίους πιστοποιείται η ικανότητα κάποιου να συντηρεί. Η εταιρία μας έχει προσφέρει και με προδικαστικές προσφυγές και σε διοικητικά εφετεία και έχει δικαιωθεί και αυτοί οι όροι έχουν κριθεί παράνομοι.

Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Άρα λοιπόν αντί για εξουσιοδότηση τι, τι μπορεί να προσκομίσει η εταιρία για να κάνει τη συντήρηση;

[...]: Πιστοποιητικά ISO, αξιολογήσεις απ' τα ίδια τα νοσοκομεία, από μονάδες τεχνητού νεφρού, από τους Διευθυντές τους, κάποια έργα που έχει ήδη πράξει, παλιότερες συμβάσεις δηλαδή. Αυτά.»

²⁶¹ Βλ. κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 25: «[...]: Εμείς έχουμε εκπαιδεύσει τους τεχνικούς μας στον κατασκευαστικό οίκο, στα εν λόγω μηχανήματα, επί σειρά ετών, με πάρα πολλά έξοδα από την εταιρία μας. Αυτό θεωρώ ότι είναι ένας τρόπος τεχνογνωσίας του συγκεκριμένου μηχανήματος.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Ναι, αλλά πώς πιστοποιείται; Αυτό σας ρωτά, πώς πιστοποιείται αυτή η επάρκεια;

[...]: Έχουμε χαρτιά για την εκπαίδευση αυτή απ' τον κατασκευαστικό οίκο.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Αυτό λοιπόν. Άρα σας ζητείται να προσκομίσετε τα ανάλογα έγγραφα;

[...]: Δεν μας τα ζητούνε πάντα από τα νοσοκομεία. Σε κάποιες περιπτώσεις τους αρκεί και το ότι έχουμε προγενέστερη εμπειρία στα εν λόγω μηχανήματα.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Είστε γνωστοί δηλαδή μεταξύ σας, αυτό θέλετε να πείτε, και αρκούνται στη γνωριμία. Κάπως έτσι το θέτετε;

[...]: Όχι, δεν είναι γνωριμία.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Αλλά;

[...]: Έχουμε... μας πιστοποιούνε και τα νοσοκομεία ότι έχουμε αυτή την επάρκεια, έχουμε συμβάσεις ετών, το οποίο μπορούν και υπογράφουνε το κάθε νοσοκομείο οι υπηρεσίες συνήθως ή νοσηλευτικό προσωπικό ή οτιδήποτε την καλή λειτουργία του κάθε μηχανήματος και... αυτά.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Ναι.

Σ. ΤΣΕΛΙΟΣ: Αν επιτρέπεται, κα Πρόεδρε, για να συμπληρώσω, το προβλέπει ο νόμος την επάρκεια, η απόδειξη της επάρκειας με δύο τρόπους, είτε με πιστοποιητικό, είτε με προηγούμενες αναθέσεις οι οποίες έχουν επιτευχθεί καλώς και δεν υπάρχει πρόβλημα. Οπότε η επάρκεια καλύπτεται ως τεχνική προδιαγραφή είτε έτσι, είτε αλλιώς, όπως κρίνει το κάθε ίδρυμα.». [έμφαση δίνεται από την ΕΑ]

²⁶² Βλ. και κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίαση της 04.03.2019, σελ. 8: «Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Στην Ελλάδα εκτός από την εταιρία ΣΕΡΚΟ, η οποία δεν έχει εξουσιοδότηση απ' το 2010, πότε ακριβώς είναι εν πάση περιπτώσει, γνωρίζετε άλλες εταιρίες που παρέχουν συντηρήσεις χωρίς να έχουν εξουσιοδότηση από τον οίκο;

[...]: Γνωρίζω την εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ του [...], γνωρίζω την εταιρία ΙΑΜΕΤ του κ. [...], γνωρίζω την εταιρία του [...] ΜΕΔΙ-VALPAN, γνωρίζω τον κ. [...], ο οποίος δραστηριοποιείται αυτόνομα, από διάφορους διαγωνισμούς δημοσίων νοσοκομείων γνωρίζω εταιρίες που έρχονται σε ανταγωνισμό με τους κατασκευαστές οίκους, οι οποίες είναι σε ακτινολογικά PHILIPS, η οποία είναι μηχανήματα κλάσης 2B, την ICON DYNAMIC και την εταιρία της [...], σε αξονικούς GE γνωρίζω τη ΜΕΔΙΤΡΟΝ και την εταιρία ΙΑΣΙΣ, σε αντλίες έγχυσης FRESSENIUS γνωρίζω την εταιρία του [...], γνωρίζω σε συστήματα επεξεργασίας νερού, που και αυτά είναι κλάσης 2B, την εταιρία WATER HEALTH, FILTER-TEK και την

Σημειώνεται δε ότι η μία εκ των εταιριών επισκευής και συντήρησης που εντοπίστηκαν, η «[...]», έχει συνάψει και το από 06.03.2017 ιδιωτικό συμφωνητικό προμήθειας προϊόντων παραχώρησης χρήσης συνοδού εξοπλισμού και τεχνικής υποστήριξης [...], σύμφωνα με το οποίο θα παραχωρείτο στην εταιρία, εντός δώδεκα μηνών από την υπογραφή του συμφωνητικού, συγκεκριμένος αριθμός μηχανημάτων αιμοδιύλισης, ώστε να διενεργεί συνεδρίες αιμοδιύλισης, την τεχνική υποστήριξη των οποίων ανέλαβε [...].

163. Η φύση της υπό εξέταση σχετικής αγοράς θέτει ορισμένα κριτήρια για τις εταιρίες που δραστηριοποιούνται σε αυτήν. Έτσι, όπως επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, από τις τεχνικές προδιαγραφές των διακηρύξεων διαγωνισμών για τη συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού σε δημόσια νοσοκομεία, που συνιστούν και την πλειοψηφία της ζήτησης στην εν λόγω αγορά, συνήθως απαιτείται η προληπτική συντήρηση των μηχανημάτων και η εκτέλεση των απαιτούμενων επισκευαστικών εργασιών συντήρησης λειτουργίας και ελέγχου σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστή των μηχανημάτων και τις σχετικές προδιαγραφές²⁶³, η προσκόμιση βεβαίωσης, είτε του αναδόχου, είτε του κατασκευαστή οίκου, για την απρόσκοπτη παροχή των ανταλλακτικών²⁶⁴, ενώ πάντα απαιτείται τα ανταλλακτικά και εξαρτήματα να είναι του κατασκευαστή οίκου και να είναι γνήσια και καινούρια²⁶⁵. Επιπλέον, συνήθως απαιτείται η εταιρία να διαθέτει στο δυναμικό της οργανωμένο τμήμα τεχνικής υποστήριξης, ενίοτε και σε συγκεκριμένη τοποθεσία, αποτελούμενο από τεχνικούς που διαθέτοντας τα κατάλληλα προσόντα, την εμπειρία, την απαραίτητη τεχνογνωσία και με την τακτική αναβάθμιση αυτής, είναι σε θέση να εξασφαλίσουν τη σωστή λειτουργία και συντήρηση των μηχανημάτων²⁶⁶. Τα πιστοποιητικά τεχνογνωσίας που απαιτούνται για την επιβεβαίωση των ανωτέρω μπορεί να διαφέρουν από διακήρυξη σε διακήρυξη. Άλλοτε απαιτείται η κατάθεση αναλυτικού πίνακα παρόμοιων έργων/συμβάσεων ή/και πελατολόγιο με λίστα οργανισμών, φορέων, εταιριών κλπ με τους οποίους ο συντηρητής έχει συνάψει στο παρελθόν συμβάσεις για τη συντήρηση παρόμοιων μηχανημάτων, βεβαιώσεις από τις τεχνικές υπηρεσίες άλλων δημόσιων νοσοκομείων²⁶⁷ και πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης, και άλλοτε τα πιστοποιητικά που απαιτούνται είναι πιο λεπτομερή. Ενδεικτικά, σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές, ο ανάδοχος υποχρεούται να προσκομίσει όλα εκείνα τα απαραίτητα έγγραφα, από την κατασκευάστρια εταιρία, που θα πιστοποιούν την τεχνική επάρκεια των τεχνικών που θα εκτελούν εργασίες στα συγκεκριμένα μηχανήματα (μοντέλο, τύπος), όπως βεβαιώσεις, πιστοποιητικά εκπαίδευση ή/και σχετικές εξουσιοδοτήσεις από την

εταιρία του [...], σε αναισθησιολογικά DRAEGER γνωρίζω την εταιρία του [...] και την εταιρία VARITECH, αυτά.».

²⁶³ Βλ. Διακήρυξη υπ' αριθ. 58/2013 του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Έβρου (ΑΔΑ: ΒΛ9Δ4690Ω3-ΞΥΡ και Διακήρυξη υπ' αριθ. 34/2015 του ίδιου Νοσοκομείου (ΑΔΑ: 7ΛΝΙ4690Ω3-ΟΟΓ).

²⁶⁴ Βλ. τεχνικές προδιαγραφές διακήρυξης υπ' αριθ. 94/2014 του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης Ιπποκράτειο. Έχει υποβληθεί και ως σχετικό 4 με την υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

²⁶⁵ Βλ. Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος υπ' αριθ. 13/2013 του Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας με ημερομηνία 10.7.2013 9ΑΔΑ: ΒΛ4Η6-1Λ8). Υποβλήθηκε με την υπ' αριθ. 1913/19.03.2015 επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, ως σχετ. 16.

²⁶⁶ Βλ. Διακήρυξη υπ' αριθ. 34/2015 του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου Έβρου (ΑΔΑ: 7ΛΝΙ4690Ω3-ΟΟΓ).

²⁶⁷ Βλ. Διακήρυξη της Διοίκησης 2^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Πειραιώς και Αιγαίου με ημερομηνία 24.11.2014 (ΑΔΑ: 7ΓΛ8469040-1ΗΦ). Βλ. και Εκδήλωση Ενδιαφέροντος για την επισκευή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του Γενικού Νοσοκομείου – Κ.Υ. Φιλιατών με ημερομηνία 21.3.2016 (ΑΔΑ: ΩΕ0Ε46904Α-Γ0Β).

κατασκευάστρια εταιρία²⁶⁸. Επιπλέον, βάσει των τεχνικών προδιαγραφών, ο ανάδοχος οφείλει να ενημερώνει το νοσοκομείο σχετικά με τις βελτιώσεις των μηχανημάτων που συνιστά η κατασκευάστρια εταιρία και υποχρεούται να εγκαθιστά τις νέες ενημερώσεις λογισμικού (software updates) λειτουργίας των μηχανημάτων αν αυτές προτείνονται από τον κατασκευαστικό οίκο^{269, 270}.

164. Επίσης ο συντηρητής βάσει των τεχνικών προδιαγραφών των διακηρύξεων παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού φέρει ακέραια την ευθύνη ποινική ή αστική για κάθε ζημία που θα προκληθεί στο προσωπικό της εταιρίας, του νοσοκομείου ή και σε τρίτους, η οποία αποδεικνύεται εμπειριστατωμένα από ανεξάρτητο γνωμοδοτικό όργανο και οφείλεται σε τεχνική παράλειψη ή αμέλεια του συντηρητή ή των συνεργατών του²⁷¹. Σε άλλες πάλι τεχνικές προδιαγραφές, ο ανάδοχος βαρύνεται με τη νομική ευθύνη για πρόκληση βλάβης σε τρίτους και από τη μη εφαρμογή των υποχρεωτικών εργοστασιακών διαταγών αλλαγής από τον κατασκευαστικό οίκο²⁷².
165. Από την εξέταση των συμμετεχόντων στις διακηρύξεις διαγωνισμών για τη συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού τουλάχιστον των εταιριών DRAKE WILLOCK, FRESENIUS και NIKISSO, οι μοναδικές εταιρίες που καταθέτουν προσφορές σε δημόσιους διαγωνισμούς είναι οι αποκλειστικοί αντιπρόσωποι των εξωτερικών οίκων στην Ελλάδα, DIOPHAR Α.Ε.²⁷³, MEDIPRIME Α.Ε.²⁷⁴ και ΑΡΗΤΗ Α.Ε.²⁷⁵, αντίστοιχα. Αυτό επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής

²⁶⁸ Βλ. 8^{ον} Πρακτικό της 26^{ης} Απριλίου 2016 Συνεδρίασεως του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων «Ο ΑΓΙΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ» (ΑΔΑ: ΩΟΓ146907Τ-Π6Ο). Βλ. και Διακήρυξη υπ' αριθ. 24/2012 του Γενικού Στρατιωτικού Νοσοκομείου Αθηνών με ημερομηνία 6.7.2012.

²⁶⁹ Βλ. Διακήρυξη υπ' αριθ. 184/2014 της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Θεσσαλίας & Στερεάς Ελλάδας συνολικού προϋπολογισμού 2,072 εκατ. χωρίς Φ.Π.Α. (ΑΔΑ: ΒΠ9469Η2Γ-ΘΞ6). Έχει υποβληθεί ως σχετ. 2 με το υπ' αριθ. πρωτ. 5029/07.07.2014 αίτημα ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ. Σημειώνεται ότι η συγκεκριμένη διακήρυξη αφορά στη συντήρηση μεταξύ άλλων μηχανημάτων τεχνητού νεφρού των οίκων ΝΙΚΚΙΣΟ, FRESENIUS, GAMBRO, BELLCO και HOSPAL. Κατά του πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης προσέφυγε η ΣΕΡΚΟ, η προσφυγή της οποίας απορρίφθηκε με απόφαση του Διοικητή της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας. Επιπλέον εκδόθηκε και η υπ' αριθ. 13/2015 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Λάρισας σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση της ΣΕΡΚΟ.

²⁷⁰ Βλ. Διακήρυξη της Διοίκησης 2^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Πειραιώς και Αιγαίου με ημερομηνία 24.11.2014 (ΑΔΑ: 7ΓΛ8469040-1ΗΦ).

²⁷¹ Βλ. Διακήρυξη υπ' αριθ. 2099/2014 του Γενικού Νοσοκομείου Καστοριάς με ημερομηνία 7.3.2014 (ΑΔΑ: ΒΙΚΑ4690ΒΥ-ΨΩΟ).

²⁷² Βλ. Διακήρυξη υπ' αριθ. 184/2014 της 5^{ης} Υγειονομικής Περιφέρειας Θεσσαλίας & Στερεάς Ελλάδας συνολικού προϋπολογισμού 2,072 εκατ. χωρίς Φ.Π.Α. (ΑΔΑ: ΒΠ9469Η2Γ-ΘΞ6). Έχει υποβληθεί ως σχετ. 2 με το υπ' αριθ. πρωτ. 5029/07.07.2014 αίτημα ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ. Επίσης βλ. και υπ' αριθ. πρωτ. 1912/22.03.2018 διαβίβαση της υπ' αριθ. ΔΟ/762/9.3.2018 Έκθεσης Ελέγχου του ΣΕΥΥΠ στην οποία αναφέρεται ότι σύμφωνα με την απόφαση αρ. ΔΥ8δ/ΠΠ οικ. 130648/02.10.2009 (ΦΕΚ 2198 Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, άρθρο 14 παρ. 2β «Εγγραφή σε μητρώο των υπευθύνων για τη θέση των προϊόντων στην αγορά».

²⁷³ Βλ. Έγκριση τελικής εισήγησης και κατακύρωσης πρόχειρου διαγωνισμού του Αρεταίειου Νοσοκομείου (ΕΚΠΑ) για την συντήρηση 8 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού DRAKE WILLOCK System 1000 με ημερομηνία 24.7.2012 (ΑΔΑ: Β41Δ46Ψ8Χ4-Ι13). Βλ. και Απόσπασμα Πρακτικών Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Πατρών «Άγιος Ανδρέας» με ημερομηνία 24.5.2011 (ΑΔΑ: 4ΑΤΖ46906Λ-Ξ).

²⁷⁴ Βλ. Απόσπασμα Πρακτικών της 1^{ης}/21.1.2015 τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης Ιπποκράτειο σχετικά με την υπ' αριθ. 94/2014 διακήρυξη του νοσοκομείου (ΑΔΑ: 72ΨΙ469067-Γ0Ν). Βλ. επίσης και το ακριβές απόσπασμα της 21^{ης}/ 8.5.2015 Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της Νοσοκομειακής Μονάδας Έδεσσας του Γενικού Νοσοκομείου Πέλλας (ΑΔΑ: ΩΞΖΔ4690ΒΛ-Χ5Λ).

²⁷⁵ Βλ. Απόσπασμα Πρακτικών της 1^{ης}/21.1.2015 τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης Ιπποκράτειο σχετικά με την υπ' αριθ. 94/2014 διακήρυξη του νοσοκομείου (ΑΔΑ: 72ΨΙ469067-Γ0Ν). Βλ. και 8^{ον} Πρακτικό της 26^{ης} Απριλίου 2016 Συνεδρίασεως

διαδικασίας. Αξιοσημείωτο είναι ωστόσο ότι, όπως επίσης επιβεβαιώθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, στις ιδιωτικές κλινικές για την επισκευή μηχανημάτων κάποιων από τις ανωτέρω εταιρίες (πλην GAMBRO δηλαδή) δραστηριοποιούνται και ανεξάρτητοι επισκευαστές, εκτός των αποκλειστικών/εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων²⁷⁶.

166. Επιπλέον, με το με αριθ. πρωτ. 1437/24.2.2016 έγγραφό της η ΣΕΡΚΟ, σχετικά με την διείσδυση των ανεξάρτητων επισκευαστών των ιατρικών μηχανημάτων εν γένει, αναφέρει ότι σύμφωνα με την ομιλία του [...] στην από 15.9.2014 ημερίδα της Ελληνικής Εταιρείας Βιοιατρικής Τεχνολογίας με θέμα «*Συντήρηση Ιατρικού Εξοπλισμού και Πιστοποίηση Κλινικών Μηχανικών*» στην αγορά ΕΜΕΑ (Ευρώπη, Μέση Ανατολή και Αφρική) οι υπηρεσίες συντήρησης ιατρικών μηχανημάτων κατανέμονται ποσοστιαία μεταξύ εξουσιοδοτημένων παρόχων (OEMs), ανεξάρτητων παρόχων (ISOs) και τεχνικών υπηρεσιών των πελατών ιατρικών μηχανημάτων – νοσοκομείων ως επί το πλείστον (internal) ως εξής: 10%-12% εσωτερικά – internal, 3%-5% μέσω ISOs και 82%-87% μέσω OEMs.
167. Από τα ανωτέρω, καθώς και από την έκθεση – πόρισμα του ΣΕΥΥΠ (Σώμα Επιθεωρητών Υπηρεσιών Υγείας και Πρόνοιας)²⁷⁷, σε συνέχεια σχετικού ελέγχου που διενέργησε –κατόπιν αναφορών της ΣΕΡΚΟ και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στο

του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Χανίων «Ο ΑΓΙΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ» (ΑΔΑ: ΩΟΓ146907Τ-Π6Ο). Βλ. και Πρακτικό 14¹⁵ Συνεδρίασης Γενικού Νοσοκομείου Παίδων Αθηνών «Παν. & Αγλ. Κυριακού» με ημερομηνία 9.6.2016 (ΑΔΑ: Ψ4ΘΠ46906Ρ-ΟΚ5).

²⁷⁶ Βλ. κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης της 04.03.2019, σελ. 16: «*[...]: Για την εταιρία RONTIS υπάρχει στο διαδίκτυο, για τη EUROMEDINET υπάρχει πάλι στο διαδίκτυο, στο LinkedIn, και ξέρουμε ότι η εταιρία EUROMEDINET συντηρεί μηχανήματα και FRESSENIUS και GAMBRO και BRAUN από τον [...], όπως αυτός το είχε εκμυστηρευτεί στους διαχειριστές της εταιρίας μας*», καθώς επίσης και κατάθεση του ίδιου, ό.π., σελ. 24-25: «*ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Είπατε όμως, κ. μάρτυς, προηγουμένως ότι εκτός από τη δική σας εταιρία, που είναι ανεξάρτητος συντηρητής, μνημονεύσατε και άλλες 4 ή 5, αν θυμάμαι, εταιρίες. Άρα υπάρχουν. Δηλαδή και αν ακόμα εκτοπίσουν εσάς, υπάρχουν και άλλοι. Ως προς αυτούς ξέρετε τι συμπεριφορά τηρεί η GAMBRO;*

[...]: Οι εταιρίες αυτές πρώτα απ' όλα δραστηριοποιούνται μόνο στον ιδιωτικό τομέα. Καμία απ' αυτές τις εταιρίες δεν λαμβάνει μέρος σε διαγωνισμούς δημόσιων νοσοκομείων, γιατί φοβούνται τον κατασκευαστή οίκο. Οπότε ανταγωνιστές με τη BAXTER σε δημόσια νοσοκομεία είμαστε μόνο εμείς.» καθώς και σελ. 27: «*[...]: Θα σας πω παράδειγμα. Εργαζόμενος της εταιρίας MEDI-VALPAN του [...] ζήτησε από τη [...] εκπαίδευση στο εργοστάσιο της [...] για τεχνικό του, η οποία έγινε δεκτή και ο τεχνικός του πήγε στη [...] και εκπαιδεύτηκε. Τόσο απλά πρέπει να είναι τα πράγματα.*

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Ναι, αλλά εάν δεν αναλάβει και τη συντήρηση τι λόγο και τι όφελος έχει η εταιρία αυτή να εκπαιδεύσει δικούς της ανθρώπους;

[...]: Η εταιρία; Η FRESSENIUS εννοείτε;

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Όχι η FRESSENIUS, η εταιρία του [...] που είπατε.

[...]: Η εταιρία του [...]...

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Σε τι θα ωφεληθεί;

[...]: ...συντηρεί FRESSENIUS μηχανήματα.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Επομένως συντηρεί, αυτό σας ερωτά και η Αντιπρόεδρος.

[...]: Προφανώς, ναι, ναι.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Έτσι, έτσι εξηγείται.

[...]: Ναι, ναι.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Καλώς.»

²⁷⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1912/22.03.2018. Η εν λόγω έκθεση κατέληξε στο εξής συμπέρασμα: «*α) Οι αρμόδιοι φορείς για την διενέργεια διαγωνισμών προμήθειας και συντήρησης προϊόντων κατηγορίας επικινδυνότητας ΙΙβ, μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, να ζητήσουν πιστοποιητικά και να διενεργήσουν ελέγχους σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου και όπου κριθεί απαραίτητο, στα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει, καθώς και στα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας. Γενικότερα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει απαιτήσεις και πρέπει να καθορίζει με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που κρίνει αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης και τα αποδεικτικά μέσα από τα οποία αυτό προκύπτει, β) ...».*

ΣΕΥΥΠ - αναφορικά με τη νομιμότητα των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του κατασκευαστικού οίκου Gambro, προέκυψε ότι «οι αρμόδιοι φορείς για τη διενέργεια διαγωνισμών προμήθειας και συντήρησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων κατηγορίας επικινδυνότητας Ιβ (όπως είναι τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού) μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, να ζητήσουν πιστοποιητικά και να διενεργήσουν ελέγχους σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και όπου κριθεί απαραίτητο, στα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει, καθώς και στα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας. Γενικότερα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει απαιτήσεις και πρέπει να καθορίζει με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που κρίνει αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης και τα αποδεικτικά μέσα από τα οποία αυτό προκύπτει».

168. Επιπλέον, ο ισχυρισμός της ΣΕΡΚΟ ότι ο ορισμός της γεωγραφικής αγοράς σε εθνικό επίπεδο υποδηλώνει την ύπαρξη διαφορετικών συνθηκών αγοράς στην εκάστοτε εθνική αγορά και ότι η ταυτόχρονη προμήθεια μηχανημάτων και υπηρεσιών after-sale δεν ισχύει στην Ελλάδα και άρα δεν ισχύει η προϋπόθεση για τον ενιαίο χαρακτήρα της αγοράς μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, δεν μπορεί να γίνει δεκτός. Ασφαλώς και η ελληνική αγορά διακρίνεται από τις άλλες εθνικές αγορές, τόσο ως προς τις συνθήκες προσφοράς και ζήτησης, όσο και ως προς το κανονιστικό πλαίσιο λειτουργίας των δημόσιων κυρίως νοσοκομείων. Όμως οι εν λόγω παράμετροι θα πρέπει να εξεταστούν στο σύνολο της αγοράς προμήθειας συστημάτων τεχνητού νεφρού, δηλαδή να εξεταστεί ο τρόπος λειτουργίας όλων των ανταγωνιστριών της GAMBRO εταιριών στην Ελλάδα, ενώ δέον να τονιστεί ότι ο τρόπος προμήθειας των δημόσιων νοσοκομείων δεν διαφέρει ουσιωδώς μεταξύ των χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως άλλωστε προκύπτει από την Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014 περί δημοσίων προμηθειών καθώς και από όλα τα προαναφερόμενα.

Σε αυτό το σημείο θα πρέπει να υπογραμμιστεί και η νομοθεσία περί υλικό – επαγρύπνησης, η οποία, όπως αποσαφηνίστηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, αφορά μόνο τα μηχανήματα και όχι τα ανταλλακτικά^{278, 279}. Σημειωτέον ότι (λίγες μόλις ημέρες) πριν την ημερομηνία έκδοσης της παρούσης απόφασης η Ευρωπαϊκή Επιτροπή δημοσίευσε επιπρόσθετες Κατευθυντήριες γραμμές ειδικά για

²⁷⁸ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 102-103: «Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Κ. μάρτυς, μίλησατε για ιχνηλασιμότητα όσον αφορά τα μηχανήματα. Όταν πουλάτε ότι σας επιβάλλει την ιχνηλασιμότητα στο μηχάνημα. Το ανταλλακτικό όταν το πουλάτε σας επιβάλλει κάποια νομοθεσία ιχνηλασιμότητα;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Όχι, κοιτάζτε, επειδή το ανταλλακτικό δεν αποτελεί ιατρικό μηχάνημα, ο νόμος δεν επιβάλλει ιχνηλασιμότητα επί του ανταλλακτικού.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε, σε ό,τι αφορά εμάς, την GAMBRO δηλαδή, επειδή το ανταλλακτικό τοποθετείται σε ένα ιατρικό μηχάνημα, εμείς θέλουμε να γνωρίζουμε πού ακριβώς τοποθετείται, ώστε σε περίπτωση που αναφύεται ένα πρόβλημα να μπορούμε να παρέμβουμε. Ο νόμος δεν το επιβάλλει, αλλά εμείς το κάνουμε.». Ο εν λόγω μάρτυρας με σαφήνεια αντιδιαστέλλει το τι ισχύει θεσμικά σε σχέση με τις επιθυμίες της GAMBRO. Βλ. και σχετικό 866 προσκομισθέν από ΣΕΡΚΟ.

²⁷⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/ 19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (&44). Βλ. και Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.1993 του Συμβουλίου ΕΕ καθώς και Ειδικές Κατευθυντήριες Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις ακολουθητέες διαδικασίες υλικοεπαγρύπνησης για τα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα με τίτλο The European Commission Guidelines on Medical Device Vigilance System Meddev 2.12/1-rev.6*).

το ζήτημα, τις λεγόμενες “Additional Guidance Regarding the Vigilance System as outlined in MEDDEV 2.12-1 rev. 8”²⁸⁰, όπου επιβεβαίωσε τα ανωτέρω. Αναφορικά με την ιχνηλασιμότητα, ο μάρτυρας [...] κατέθεσε μεταξύ άλλων και τα εξής²⁸¹: «*Η εταιρία υποχρεούται να γνωρίζει, είναι αναγκαίο και είναι υποχρέωση της εταιρίας να γνωρίζει αν ενδεχομένως κάποιο συγκεκριμένο μηχάνημα που υπάρχει στην αγορά δημιουργεί προβλήματα, τι είδους προβλήματα ενδεχομένως δημιουργούνται, τι είδους επισκευές έχουν γίνει στα μηχανήματα τα συγκεκριμένα. Εν ολίγοις αναφέρομαι στη λεγόμενη ιχνηλασιμότητα του μηχανήματος η εταιρία πρέπει να είναι σε θέση, υποχρεούται να παρακολουθεί, να ιχνηλατεί το μηχάνημα, για να γνωρίζει ακριβώς στη διάρκεια ζωής του τι είδους παρεμβάσεις και επεμβάσεις έχουν γίνει επ’ αυτού. Άλλως, αν δηλαδή στερείται το λεγόμενο feedback, δεν έχει ανάδραση από τη χρήση του μηχανήματος, δεν μπορεί να προβεί στις κατάλληλες διορθωτικές ενέργειες, όταν και εφόσον αυτές καταστούν απαραίτητες.*». Εν κατακλείδι, χαρτογραφώντας τη διάρθρωση της προσφοράς στα δημόσια νοσοκομεία, η ΕΑ, καταλήγει στο ότι η αγορά φαίνεται να χαρακτηρίζεται από μία μορφή «καθετοποίησης» λόγω της ύπαρξης εξουσιοδοτημένων επισκευαστών, με εξαίρεση ωστόσο την περίπτωση της GAMBRO, για την επισκευή των μηχανημάτων της οποίας δραστηριοποιούνται η ΣΕΡΚΟ και η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ. Αντίθετα, παρατηρώντας τη διάρθρωση της αγοράς στα ιδιωτικά νοσοκομεία, όπως προέκυψε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, εντοπίζονται και άλλοι ανεξάρτητοι επισκευαστές για σήματα ανταγωνιστικά της GAMBRO. Όπως έχει αναλυθεί και στη σχετική Εισήγηση, αλλά και με βάση την πρακτική της ΕΑ στο συγκεκριμένο κλάδο υγείας με βάση την πρόσφατη απόφαση ΕΑ υπ’ αρ. 643/2017²⁸², τα δημόσια σε σχέση με τα ιδιωτικά νοσοκομεία δεν αποτελούν διακριτές αγορές. Επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στη συγκεκριμένη αγορά δραστηριοποιούνται και κάποιοι ανεξάρτητοι επισκευαστές, ιδίως, αλλά όχι μόνο, στα ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές²⁸³. Άλλωστε, αν υπήρχε

²⁸⁰ Στη σελίδα 4 αυτής διευκρινίζονται τα εξής: «*A MANUFACTURER can as part of ongoing quality assurance or an investigation at the manufacturing site identify a failure of a device to perform according to the characteristics specified in the information for use provided by the MANUFACTURER. If the failure might lead to or might have led to death or serious deterioration in the state of health associated with the use of a MEDICAL DEVICE and has an impact on a product that has already been placed on the market the MANUFACTURER must initiate a FSCA. Examples of failure modes may include software anomalies (e.g. incorrect correlation between patient sample and the obtained result), invalid controls, invalid calibrations or reagent failures (e.g. contamination, transcription errors and reduced stability)*».

²⁸¹ ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 77.

²⁸² Βλ. και το αμέσως επόμενο κεφάλαιο της παρούσης.

²⁸³ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 64: «[...] Βρεθήκαμε και με της ΑΡΙΤΙ τους συντηρητές και με της ΜΕΔΙΡΙΜΕ. Εκεί υπάλληλος της ΜΕΔΙΡΙΜΕ, ο κ.[...], μας είπε ότι η εταιρία ΜΕΔΙ-VALPAN κάνει επισκευές σε [...] σε ιδιωτικές κλινικές που έχουνε [...] μηχανήματα. Ο ίδιος κύριος μας είπε ότι έχει ζητήσει η ΜΕΔΙ-VALPAN του [...] εκπαίδευση από το εργοστάσιο της [...] και δέχτηκε το εργοστάσιο της [...]. Δηλαδή αυτή είναι η πηγή που γνωρίζω εγώ.», ενώ νωρίτερα [σελ. 62-63] ο ίδιος μάρτυρας, απαντώντας σε σχετικές ερωτήσεις, έχει αναφέρει τα εξής: «Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο κ. [...] τι κάνει; Επακριβώς πείτε μου τη δραστηριότητά του.

[...]: Αυτόνομα κάνει συντήρηση σ’ αυτές τις ιδιωτικές κλινικές που σας είπα.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ιδιωτικές κλινικές που;

[...]: [...] ...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] σας ρώτησα.

[...]: [...], ένα λεπτάκι. Είναι [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...], ιδιωτικές κλινική.

[...]: Ναι, είναι ιδιωτικές κλινικές.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο [...] τι κάνει;

[...]: Και αυτός κάνει συντηρήσεις.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Πού;

[...]: Στη Μονάδα Χρόνιας Αιμοκάθαρσης [...] και στη Μονάδα [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Η ΜΕΔΙ-VALPAN τι κάνει;

αντικειμενικά «καθετοποίηση», αυτή θα έπρεπε να ισχύει χωρίς διαφοροποίηση τόσο για δημόσια όσο και για τα ιδιωτικά νοσοκομεία, δεδομένου ότι η μόνη διαφορά μεταξύ τους συνίσταται στο ότι τα δημόσια νοσοκομεία κατά κανόνα προβαίνουν σε διαγωνισμούς, ενώ τα ιδιωτικά όχι. Ειδικότερα, στην ελληνική αγορά τεχνητού νεφρού, συνήθως η ίδια εταιρία, θυγατρική ή εξουσιοδοτημένος διανομέας, παρέχει τόσο το μηχάνημα τεχνητού νεφρού όσο και την επισκευή και συντήρηση και τα ανταλλακτικά των μηχανημάτων αυτών. Συγκεκριμένα πρόεκυψε ότι α) οι θυγατρικές ή οι εξουσιοδοτημένοι διανομείς κατά κανόνα δεν εξουσιοδοτούν ή πιστοποιούν τρίτες εταιρίες για την επισκευή / συντήρηση των μηχανημάτων που διανέμουν, β) η επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων στα δημόσια νοσοκομεία, πραγματοποιείται κυρίως από τους διανομείς των κατασκευαστικών οίκων στην Ελλάδα και γ) από έλεγχο του ΕΟΠΥΥ σχετικά με τους συντηρητές μονάδων χρόνιας αιμοκάθαρσης και μονάδων τεχνητού νεφρού εντοπίζονται εταιρίες ανεξάρτητων επισκευαστών που δραστηριοποιούνται σε κάποιες ιδιωτικές μονάδες²⁸⁴.

169. Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω σχετικά τόσο με τη ζήτηση όσο και με την προσφορά, η ΕΑ θεωρεί ότι η αγορά τεχνητού νεφρού είναι κατά βάση ενιαία και περιλαμβάνει τόσο το μηχάνημα όσο και την επισκευή και συντήρηση και τα ανταλλακτικά αυτού. Η εν λόγω υπόθεση αφορά την αγορά ενιαίου συστήματος τεχνητού νεφρού HD στην οποία περιλαμβάνονται τα μηχανήματα, τα ανταλλακτικά και οι υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης αυτών (εφεξής από κοινού ενιαίο σύστημα τεχνητού νεφρού HD). Ωστόσο, υπογραμμίζεται ότι ακόμη και αν η αγορά δεν εθεωρείτο ενιαία, αλλά αντίθετα θεωρείτο διακριτή, η τελική εκτίμηση της ΕΑ αναφορικά με την ύπαρξη ή μη δεσπόζουσας θέσης δεν θα διαφοροποιείτο, για τους λόγους που θα αναλυθούν διεξοδικά στη συνέχεια.

Το ζήτημα των διακριτών ή μη αγορών ανάμεσα σε δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία

170. Όπως ήδη αναφέρθηκε, η καταγγέλλουσα υποστηρίζει²⁸⁵ ότι μπορεί να θεωρηθεί ότι υφίσταται, ως διακριτή αγορά, η αγορά, με πελάτες τα δημόσια νοσοκομεία. Ωστόσο, αυτή η θέση της βρίσκεται σε αντίθεση με το επιχειρήμα της ότι για το προσδιορισμό του εάν η αγορά είναι ενιαία ή διακριτή θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και η ύπαρξη ανεξάρτητων επισκευαστών που δραστηριοποιούνται σε ιδιωτικές κλινικές²⁸⁶. Τα εν λόγω νοσοκομεία οφείλουν, ως επί το πλείστον, με βάση το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, εθνικό και ενωσιακό, να πραγματοποιούν τις προμήθειές τους, αλλά και τη σύναψη συμβάσεων με αντικείμενο την συντήρηση και την επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με δημόσιους διαγωνισμούς. Η ζήτηση του προϊόντος εδώ διαμορφώνεται μεν με βάση την τιμή και τα χαρακτηριστικά του προϊόντος, πλην όμως υπόκειται και στην τήρηση ορισμένων ιδιαίτερων κανόνων που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων.

[...]: *Κάνει συντηρήσεις σε ιδιωτικές κλινικές στη Θεσσαλονίκη [...]*».

²⁸⁴ Τα εν λόγω στοιχεία συλλέχθηκαν από τον ΕΟΠΥΥ (βλ. σχετικά το υπ' αριθ. πρωτ. 570/24.01.2018 έγγραφο της ΣΕΡΚΟ με το οποίο διαβίβασε τον σχετικό πίνακα από τον ΕΟΠΥΥ) και ελέγχθηκαν και από τη ΓΔΑ με την αποστολή σχετικών ερωτηματολογίων. Ωστόσο, πλήρης αποσαφήνιση των εν λόγω στοιχείων έγινε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας.

Πρόκειται για τις εταιρίες MEDI VALPAN – Π. ΔΟΥΚΑΣ & ΣΙΑ ΟΕ και Π. ΣΑΒΒΙΔΗΣ Ε.Ε. – ΙΑΜΕΔ, οι τεχνικοί υπάλληλοι των οποίων σύμφωνα με τις απαντήσεις των εταιριών έχουν πιστοποίηση (βλ. σχετικά απαντήσεις εταιριών Παράρτημα Δ.5 της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης).

²⁸⁵ Βλ. και υπ' αριθ. πρωτ. 4968/02.11.2011 καταγγελία της ΣΕΡΚΟ.

²⁸⁶ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 75επ.

171. Η Ε.Α. σε προηγούμενες αποφάσεις της²⁸⁷ που αφορούσαν σε εμπορία ιατροτεχνολογικών προϊόντων δεν διέκρινε μεταξύ δημόσιων και ιδιωτικών νοσοκομείων, καθώς τα εν λόγω προϊόντα διατίθενται τόσο σε δημόσια νοσοκομεία όσο και σε ιδιωτικά και μεγάλες ιδιωτικές κλινικές.
172. Από τις απαντήσεις των μερών προκύπτει ότι πράγματι υπάρχει διαχωρισμός μεταξύ των διαδικασιών προμήθειας δημοσίων και ιδιωτικών νοσοκομείων²⁸⁸. Συγκεκριμένα, τα ιδιωτικά νοσοκομεία δεν δεσμεύονται τυπικά από τη νομοθεσία περί δημοσίων προμηθειών, αλλά δεσμεύονται πλήρως από τη νομοθεσία για την υλικοεπαγρύπνιση και τη φαρμακοεπαγρύπνιση, προς την οποία συμμορφώνονται (συχνά αυστηρότερα από τα δημόσια). Ωστόσο, η σταθερή ανάγκη, για την κάλυψη της οποίας τα ιδιωτικά νοσοκομεία προμηθεύονται συστήματα τεχνητού νεφρού, πρόδηλα είναι επακριβώς η ίδια (αιμοκάθαρση) που τα συστήματα τεχνητού νεφρού καλύπτουν και για τα δημόσια νοσοκομεία.
173. Επομένως, διαφέρει μεν ο τύπος της διαγωνιστικής διαδικασίας (εθνικοί ή διεθνείς δημόσιοι διαγωνισμοί για τα δημόσια νοσοκομεία, ιδιωτικές προκηρύξεις ή απευθείας αναθέσεις για τα ιδιωτικά νοσοκομεία), αλλά όχι το ουσιαστικό περιεχόμενο της ζήτησης: σε αμφότερες τις περιπτώσεις ζητείται και παρέχεται το ίδιο επακριβώς πλέγμα (δέσμη) προϊόντων, δικαιωμάτων, υπηρεσιών και εγγυήσεων²⁸⁹.
174. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω αξιολογείται ότι η αγορά για την προμήθεια μηχανημάτων και ανταλλακτικών τεχνητού νεφρού, καθώς και παροχής υπηρεσιών συντήρησης περιλαμβάνει και τα δημόσια και τα ιδιωτικά νοσοκομεία²⁹⁰. Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι η διάκριση (ή μη) των αγορών δημοσίων και ιδιωτικών νοσοκομείων δεν θα μετέβαλε την αξιολόγηση της παρούσας, ωστόσο αυτό, αν υποθεθεί ότι γινόταν δεκτό ως επιχείρημα, θα αποδυνάμωνε τον ισχυρισμό της καταγγέλλουσας περί ύπαρξης και ανεξάρτητων, τον οποίο ενστερνίζεται η ΕΑ.

Σχετική Γεωγραφική Αγορά²⁹¹

175. Από την αξιολόγηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, αλλά και από τις απόψεις τόσο της καταγγέλλουσας όσο και των καταγγελλομένων²⁹², όπως επίσης επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, κρίνεται ότι η σχετική γεωγραφική αγορά στην εν λόγω υπόθεση είναι η Ελληνική Επικράτεια διότι:
- α) οι περισσότερες από τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη νομοθεσία περί υλικοεπαγρύπνισης, αλλά και από τις διακηρύξεις/ συμβάσεις προμήθειας μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, προϋποθέτουν φυσική εγκατάσταση του προμηθευτή, ή κάποιου εργολάβου του, σε τέτοια απόσταση από τον τόπο εγκατάστασης του συστήματος τεχνητού νεφρού, ώστε να είναι δυνατή η εντός ωρών ανταπόκριση σε κάθε έκτακτη κλήση,
- β) οι οίκοι εμπορίας τεχνητού νεφρού διαθέτουν δίκτυο πώλησης ή διανομής, οργανωμένο σε εθνικό επίπεδο και

²⁸⁷ Βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις Ε.Α. 361/V/2007, 328/V/2007.

²⁸⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

²⁸⁹ Η υπογράμμιση γίνεται από την ΕΑ.

²⁹⁰ Βλ. σχετικά και την Απόφαση ΕΑ υπ' αριθ. 643/2017.

²⁹¹ Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή στην οποία οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις προσφέρουν ή ζητούν τα σχετικά προϊόντα υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες γειτονικές γεωγραφικές περιοχές, ιδίως λόγω των αισθητά διαφορετικών συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σ' αυτή.

²⁹² Βλ. σχετικά τις υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 και 2374/15.04.2015 απαντήσεις των εταιριών ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και GAMBRO αντίστοιχα.

γ) αν και ενίοτε οι διαγωνισμοί μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι διεθνείς λόγω αξίας, σε αυτούς γενικά δεν συμμετέχουν οίκοι που δεν διαθέτουν θυγατρική ή αντιπρόσωπο στη χώρα²⁹³.

176. Σημειώνεται συμπληρωματικά ότι και στην Απόφαση της Ε.Ε. σχετικά με τη συγκέντρωση της Baxter International/ Gambro η γεωγραφική αγορά είχε οριστεί σε εθνικό επίπεδο.

Μερίδια αγοράς – Αξιολόγηση δεσπόζουσας θέσης

177. Όπως έχει ήδη αναφερθεί, τα συστήματα τεχνητού νεφρού HD διανέμονται στην ελληνική αγορά από, ως επί τω πλείστον, αποκλειστικούς διανομείς οι οποίοι διανέμουν τόσο τα μηχανήματα, όσο και τα ανταλλακτικά αυτών και πραγματοποιούν επίσης την επισκευή και συντήρησή τους. Η διανομή του συστήματος τεχνητού νεφρού HD της GAMBRO αποτέλεσε ως το 2015 ιδιαίτερη περίπτωση, καθώς ο αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος για την επισκευή και την συντήρηση ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, είχε αναθέσει σε «υπεργολάβους»²⁹⁴ (ή άλλως συνεργάτες) ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ και ΣΕΡΚΟ τις εν λόγω εργασίες. Τα ανταλλακτικά δε των εν λόγω μηχανημάτων εισήγαγε και διένειμε έως το 2010 η διανομέας ΣΕΡΚΟ. Από το Δεκέμβριο του 2010 και έπειτα η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ανέλαβε η ίδια, ταυτόχρονα με την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, και την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων, όπως και την διανομή των ανταλλακτικών. Από το 2016 τη διανομή του συστήματος τεχνητού νεφρού HD έχει αναλάβει εξολοκλήρου πλέον η ΜΠΑΞΤΕΡ²⁹⁵.

Μερίδια αγοράς λιανικής πώλησης συστημάτων τεχνητού νεφρού HD

178. Σύμφωνα τόσο με την καταγγέλλουσα όσο και με τις καταγγελλόμενες, για την αγορά τεχνητού νεφρού, δεν υπάρχουν διαθέσιμα στοιχεία από ανεξάρτητη επιχείρηση καταμέτρησης μεριδίων αγοράς. Το ίδιο επιβεβαιώθηκε και από τις κύριες ανταγωνίστριες του κλάδου²⁹⁶.
179. Ελλείπει επίσημων στοιχείων για την αγορά τεχνητού νεφρού, η ΓΔΑ προέβη η ίδια στον υπολογισμό των μεριδίων στην αγορά λιανικής πώλησης των συστημάτων τεχνητού νεφρού HD. Ζητήθηκαν στοιχεία πωλήσεων από τις κυριότερες ανταγωνίστριες στην αγορά, ήτοι τις εταιρίες ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ²⁹⁷, [...] ²⁹⁸, [...] ²⁹⁹, [...] ³⁰⁰ και [...] ³⁰¹ οι οποίες εμπορεύονται τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού

²⁹³ Σύμφωνα με έρευνα της Ε.Ε. στο πλαίσιο της Απόφασης Baxter/ Gambro.

²⁹⁴ Ο όρος χρησιμοποιείται από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

²⁹⁵ Βλ. Ενότητα V.2. της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης. Το δίκτυο διανομής της Gambro στην Ελλάδα – Εμπορικές σχέσεις των μερών.

²⁹⁶ Οι εκτιμήσεις των μερών σχετικά με τα μερίδια αγοράς παρουσιάζονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ – ΕΡΕΥΝΑ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης.

²⁹⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2626/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3049/22.05.2016 απαντητική επιστολή. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αν και της ζητήθηκε να προσκομίσει τον κύκλο εργασιών (χωρίς ΦΠΑ) από την επισκευή και συντήρηση ξεχωριστά από τον κύκλο εργασιών από ανταλλακτικά, δεν το έπραξε αλλά επανυπέβαλε τα ήδη προσκομισθέντα χωρίς σχετικό διαχωρισμό, καθώς σύμφωνα με αυτήν δεν είναι εφικτό να διακριθούν, μια και ουδέποτε ζητήθηκαν ή προσφέρθηκαν «μόνο ανταλλακτικά» ή «μόνο υπηρεσίες», ώστε να τιμολογηθούν αυτά χωριστά, και να προκύψει οιοσδήποτε, έστω και θεωρητικός, κύκλος εργασιών από το καθένα.

²⁹⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2626/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 4533/24.06.2016 επιστολή της [...]. Για [...] στάλθηκε σχετικό ερωτηματολόγιο (οικ. 5039/14.07.2016) και στην [...]. Η επιχείρηση απάντησε με την υπ' αριθ. πρωτ. 5679/04.08.2016 επιστολή της.

²⁹⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2621/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3027/22.04.2016 επιστολή της [...].

³⁰⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2624/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3262/10.05.2016 επιστολή της [...].

των οίκων GAMBRO, [...], [...], [...] και [...] αντίστοιχα. Στην περίπτωση του οίκου GAMBRO όπου η επισκευή και συντήρηση όπως και η εμπορία των ανταλλακτικών (μέχρι τα μέσα του 2010) πραγματοποιείται από ανεξάρτητες εταιρίες, σχετικά ερωτηματολόγια απευθύνθηκαν και στις ΣΕΡΚΟ³⁰² και ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ³⁰³.

180. Ως σχετικός κύκλος εργασιών θεωρήθηκε ο κύκλος εργασιών από την λιανική πώληση³⁰⁴ μηχανημάτων HD, την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων HD και την εμπορία ανταλλακτικών για μηχανήματα HD. Ως συνολικό μέγεθος της αγοράς θεωρήθηκε το άθροισμα του σχετικού κύκλου εργασιών των ανωτέρω εταιριών οι οποίες, με βάση τα στοιχεία που έχει στη διάθεσή της η ΓΔΑ, εξυπηρετούν και το μεγαλύτερο μέρος της αγοράς τεχνητού νεφρού (Ενότητα 0).

181. Ο Πίνακας 2 παρουσιάζει τις εκτιμήσεις των μεριδίων στην αγορά τεχνητού νεφρού HD που εξήγαγε η ΓΔΑ.

Πίνακας 2: Εκτιμήσεις μεριδίων στη λιανική αγορά συστήματος τεχνητού νεφρού HD, 2008 - 2015³⁰⁵

Εταιρία (οίκος)	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (GAMBRO)	[15-25]%	[10-15]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[25-35]%	[25-35]%	[10-15]%
ΣΕΡΚΟ (GAMBRO)	[25-35]%	[25-35]%	[25-35]%	[25-35]%	[15-25]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-15]%
ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ (GAMBRO)	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%	[10-15]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[10-15]%
MEDIPRIME (Fresenius)	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[25-35]%	[15-25]%	[35-45]%
ARITI (NIKKISO)	[10-15]%	[25-35]%	[10-15]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%
PAROFIL (B/BRAUN)	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%
DEMO (BELLCO)	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%

Πηγή: Στοιχεία προσκομισθέντα από τις εταιρίες, επεξεργασία ΕΑ

182. Από τις εκτιμήσεις της ΕΑ προκύπτει ότι το μερίδιο αγοράς της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για την εξεταζόμενη περίοδο κυμαίνεται μεταξύ [10-15]% (το 2009) και φτάνει μέχρι και [25-35]% (το 2014). Σημαντική είναι και η θέση της ΣΕΡΚΟ στην αγορά, με μερίδιο που ξεπερνά το [15-25]% μέχρι και το 2012 το οποίο στη συνέχεια μειώνεται σε επίπεδα μικρότερα του [10-15]%. Το μερίδιο της εταιρίας ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ αυξήθηκε σταδιακά από [10-15]% το 2010 για να φτάσει κοντά στο [15-25]% το 2013. Στα μερίδια των δύο εταιριών επισκευής και συντήρησης

³⁰¹ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2620/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3027/25.04.2016 επιστολή της [...].

³⁰² Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2627/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3020/22.04.2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

³⁰³ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ.2628/07.04.2016 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ το οποίο απαντήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 3063/25.04.2016 επιστολή της [...].

³⁰⁴ Κανονισμός 330/2010 για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Άρθρο 7: «α) το μερίδιο αγοράς του προμηθευτή υπολογίζεται με βάση τα στοιχεία για την αξία των πωλήσεων στην αγορά και το μερίδιο αγοράς του αγοραστή υπολογίζεται με βάση τα στοιχεία για την αξία των αγορών που πραγματοποιεί στην αγορά».

³⁰⁵ Επισημαίνεται ότι το μερίδιο του σήματος GAMBRO στην αγορά συστήματος τεχνητού νεφρού HD είναι το άθροισμα των μεριδίων των ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ και ΣΕΡΚΟ. Βλ. αναλυτικά Ενότητα V.2 της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης.

αποτυπώνεται η πορεία της διένεξης μεταξύ της ΣΕΡΚΟ και των GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Το αθροιστικό μερίδιο αγοράς των τριών εταιριών που δραστηριοποιούνται στη αγορά λιανικής πώλησης τεχνητού νεφρού HD του οίκου GAMBRO υπερβαίνει το [45-55]% μέχρι και το 2014.

183. Επιβεβαιώνεται επίσης η, μέσω της αποκλειστικής διανομής του MEDIPRIME, σημαντική θέση του οίκου FRESENIUS στην αγορά με μερίδιο που κυμαίνεται μεταξύ [15-25]% και [25-35]% της αγοράς. Εξαιρεση αποτελεί το τελευταίο υπό εξέταση έτος, 2015, κατά το οποίο παρατηρήθηκε μια σημαντική πτώση του μεριδίου αγοράς του συστήματος τεχνητού νεφρού HD του οίκου GAMBRO και αντίστοιχα αύξηση του μεριδίου αγοράς του συστήματος τεχνητού νεφρού HD του οίκου FRESENIUS. Σύμφωνα πάντα με τις εκτιμήσεις της ΕΑ, σημαντική είναι η παρουσία και της ARITI, η οποία διανέμει αποκλειστικά τα μηχανήματα του οίκου ΝΙΚΚΙΣΟ.
184. Πρέπει να σημειωθεί ότι η εικόνα της αγοράς μεταβλήθηκε σημαντικά τα έτη 2016 και 2017 κατά τα οποία τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού HD του οίκου GAMBRO διακινούνται πλέον από τη ΜΠΑΞΤΕΡ. Ο κύκλος εργασιών που πραγματοποίησε η ΜΠΑΞΤΕΡ από την πώληση μηχανημάτων HD του οίκου GAMBRO το 2016, μειώθηκε κατά [...] % περίπου σε σχέση με τις αντίστοιχες πωλήσεις της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ το 2015. Το 2017 οι πωλήσεις μειώθηκαν περαιτέρω κατά [...] % σε σχέση με το 2016. Επίσης ο κύκλος εργασιών για το σύστημα τεχνητού νεφρού HD μειώθηκε το 2016 κατά [...] % σε σχέση με το 2015 ενώ στη συνέχεια αυξήθηκε το 2017 κατά [...] %. Αντιθέτως οι πωλήσεις των βασικότερων ανταγωνιστριών του οίκου GAMBRO, δηλαδή των οίκων FRESENIUS και ΝΙΚΚΙΣΟ, δεν παρουσίασαν αντίστοιχη πορεία. Βάσει των δικών της εκτιμήσεων, η ΜΠΑΞΤΕΡ το 2016 κατείχε το [5-10] % της ενιαίας αγοράς.

Μερίδιο αγοράς της GAMBRO στη γονδρική αγορά συστήματος τεχνητού νεφρού HD στην Ελλάδα

185. Η GAMBRO, όπως έχει ήδη αναφερθεί, δεν πουλά μηχανήματα τεχνητού νεφρού ή ανταλλακτικό του απευθείας η ίδια σε οποιοδήποτε νοσοκομείο στην Ελλάδα³⁰⁶ αλλά τα πουλά στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ η οποία στη συνέχεια τα διακινεί στην Ελληνική Επικράτεια.
186. Σύμφωνα με τις εκτιμήσεις της ΣΕΡΚΟ, το 2011 στην «*πρωτογενή ελληνική αγορά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού εν γένει, αλλά και ειδικότερα αυτών που προορίζονται για την ιδιαίτερη-αυτοτελή αγορά των δημόσιων νοσοκομείων, η GAMBRO έχει μερίδιο αγοράς [55-65]%. Η βασική ανταγωνίστριά της FRESENIUS κατέχει μερίδιο [25-35]%, ενώ το υπόλοιπο της σχετικής αγοράς το μοιράζονται έξι εταιρίες με πολύ μικρά μερίδια αγοράς εκάστη*³⁰⁷». Η ΣΕΡΚΟ υπολογίζει το εν λόγω μερίδιο βάσει απογραφής του αριθμού των μηχανημάτων του οίκου GAMBRO σε σχέση με το σύνολο των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που λειτουργούν σε μονάδες υγείας στην Ελληνική επικράτεια (Πίνακας 3).

³⁰⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³⁰⁷ Βάσει της υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελίας, σύμφωνα με σχετική απογραφή του διαθέσιμου στόλου των εν λόγω μηχανημάτων.

Πίνακας 3: Μεριδία αγοράς στην αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού για το 2011

Σύνολο μηχανημάτων για νεφροπαθείς σε μονάδες υγείας στην Ελληνική επικράτεια											
Σύνολο Μονάδων Υγείας στην Ελληνική επικράτεια*	GAMBRO	Fresenius	Drake or Althin	Braun	Cobe	Belco	Hospal	Ergo	Nikisso	Δια/ρα	Σύνολο
159											1.644
% συμμετοχής στο σύνολο	[55 – 65]%	[25-35]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%	[0-5]%	100%
*Πηγή: φάκελος ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ											
Σημείωση 1: Η καταγραφή του αριθμού μηχανημάτων σε ορισμένες μονάδες υγείας πραγματοποιήθηκε το έτος 2007.											
Σημείωση 2: Η εταιρία Hospal ανήκει στον Όμιλο GAMBRO AB.											
Σημείωση 3: Το σύνολο των μονάδων υγείας για νεφροπαθείς σύμφωνα με τα στοιχεία που δίνει ο Σύνδεσμος Νεφροπαθών Ελλάδας είναι 159 εκ των οποίων 78 βρίσκονται εκτός Αττικής (33 ιδιωτικές και 45 δημόσιες), και 81 βρίσκονται στην Αττική (40 ιδιωτικές και 41 δημόσιες).											
Βλέπε: http://www.psnrenal.gr/web/ Η Πανελλήνια Ομοσπονδία Νεφροπαθών δίνει αριθμό 127 κέντρα υγείας.											
Σημείωση 4: Η Ιατρικά Προϊόντα στην υπ. αριθ. πρωτ. 5970/19.07.2012 επιστολή της υπολογίζει το σύνολο των εν λειτουργία μηχανημάτων Gambro σε 944 χωρίς να γνωρίζει τον αριθμό των μηχανημάτων των άλλων εταιριών.											

Πηγή: ΣΕΡΚΟ

187. Αν και η παρουσία των μηχανημάτων GAMBRO στα νοσοκομεία συνεκτιμάται για την αξιολόγηση της δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης, ωστόσο πρώτο δείκτη, σχετικά με τη διάρθρωση μίας αγοράς και τη σχετική σπουδαιότητα των διαφόρων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται σε αυτή, αποτελεί το μερίδιο αγοράς με βάση τον κύκλο εργασιών. Σε κάθε περίπτωση τα στοιχεία που χρησιμοποιεί η ΣΕΡΚΟ αφορούν όλα τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού και όχι αποκλειστικά τα μηχανήματα HD³⁰⁸. Το εν λόγω μερίδιο αποτελεί ένδειξη του μεριδίου του οίκου GAMBRO στη λιανική αγορά πώλησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού.

188. Ο Πίνακας 4, παρουσιάζει την πορεία του μεριδίου αγοράς της GAMBRO στην αγορά χονδρικής πώλησης του συστήματος τεχνητού νεφρού HD, βάσει στοιχείων που προσκόμισε η ίδια³⁰⁹. Τα προσκομισθέντα στοιχεία συμβαδίζουν με τα αναφερόμενα στην Απόφαση Baxter – Gambro σχετικά με τα μερίδια αγοράς³¹⁰.

Πίνακας 4: Μεριδίο αγοράς GAMBRO στη χονδρική αγορά συστήματος τεχνητού νεφρού HD

Οίκος	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
GAMBRO	[25-35]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[5-10]%	[10-15]%	[15-25]%	[5-10]%
Fresenius	[10-15]%	[35-45]%	[25-35]%	[35-45]%	[35-45]%	-	-	-
Λοιπές	[55-65]%	[35-45]%	[35-45]%	[45-55]%	[55-65]%	-	-	-

Πηγή: GAMBRO

³⁰⁸ Ακόμα όμως και να είχαν υπολογιστεί τα μερίδια αγοράς συγκεκριμένα για τα μηχανήματα HD και πάλι εκτιμάται ότι το πιθανό μερίδιο θα είχε μειωμένη σημασία καθώς θα έδινε μόνο μια εικόνα του «συνολικού» μεριδίου των εταιριών και όχι το κατά έτος μερίδιο. Στα νοσοκομεία λειτουργούν μηχανήματα τα οποία έχουν αγοραστεί μέχρι και 25 χρόνια παλαιότερα.

³⁰⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 713/03.02.2017 απαντητική επιστολή. «Τα εν λόγω μερίδια προσδιορίστηκαν από τον συνολικό κύκλο εργασιών των εκάστοτε εταιριών του Ομίλου Gambro, οι οποίες δραστηριοποιούνταν στην αγορά χονδρικής πώλησης συστημάτων HD, στις ερευνώμενες χώρες για τα ερευνώμενα έτη (σημειώνεται ότι δεν κατέστη δυνατό να συγκεντρωθούν τα απαιτούμενα στοιχεία για την Μάλτα), σε σύγκριση με τους κύκλους εργασιών των σημαντικότερων ανταγωνιστών του Ομίλου Gambro, ήτοι των Ομίλων Fresenius και Baxter και λοιπών μικρότερων ανταγωνιστών (ενδεικτικά Nikkiso, Bellco, B. Braun). Επισημαίνεται ότι όπως ορθά αναφέρει η Γενική Διεύθυνση, η αγορά συστημάτων HD περιλαμβάνει την πώληση (χονδρική στην περίπτωσή μας) μηχανημάτων και ανταλλακτικών και την παροχή υπηρεσιών επισκευής (after sales service). Εντούτοις στην Ελλάδα, η εταιρεία μας GAMBRO LUNDIA AB, δεν προσέφερε η ίδια τις υπηρεσίες επισκευής αλλά ο αποκλειστικός διανομέας της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (και ο υποδιανομέας της ΣΕΡΚΟ μέχρι τα μέσα του 2011). Συνεπώς η εταιρεία μας για τα ερευνώμενα έτη δεν είχε έσοδα από την παροχή υπηρεσιών επισκευής αλλά μόνο από την χονδρική πώληση μηχανημάτων και ανταλλακτικών.»

³¹⁰ Η εν λόγω απόφαση αναφέρει ότι στην ελληνική αγορά μηχανημάτων HD, τα μέρη αθροιστικά κατέχουν μερίδιο αγοράς, για το 2012, μικρότερο από 15% «σε όλες τις πιθανές αγορές προϊόντος». Παρ. 116 της Απόφασης: «The merged entity's market shares are below 15% on all possible product markets».

189. Από τα ανωτέρω στοιχεία, κατά τη GAMBRO, προκύπτει ότι το μερίδιο αγοράς της υπερéβη το [25-35]% μόνο το 2008 οριακά. Το μερίδιό της ακολουθεί πτωτική πορεία στην αγορά, όπως άλλωστε και το μερίδιο της αποκλειστικής διανομής της στην Ελλάδα. Ήδη από το 2009 το μερίδιο της FREZENIUS ξεπερνά αυτό της GAMBRO, ενώ για το τελευταίο συγκρίσιμο έτος, το 2012 η εν λόγω διαφορά διευρύνεται αισθητά. Οι δύο εταιρίες αθροιστικά, εξυπηρετούν το [45-55]% της αγοράς, ενώ η υπόλοιπη αγορά μοιράζεται στους λοιπούς ανταγωνιστές.

ΤΟ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΩΝ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΩΝ

Υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελία κατά των GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ

190. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελία της, η ΣΕΡΚΟ καταγγέλλει αμφοτέρως τις καταγγελλόμενες για παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και 101 της ΣΛΕΕ και την GAMBRO για παράβαση του άρθρου 2 του ν.3959/2011 και 102 της ΣΛΕΕ.

Παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ

Εξαφάνιση ενδοσηματικού ανταγωνισμού μέσω του ορισμού ενός αποκλειστικού διανομέα στην ελληνική επικράτεια

191. Η ΣΕΡΚΟ καταγγέλλει την εξαφάνιση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού που προκύπτει από την αποκλειστική διανομή μηχανημάτων και ανταλλακτικών GAMBRO και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³¹¹.
192. Σύμφωνα με την καταγγέλλουσα³¹², στην εξεταζόμενη περίπτωση, ο προμηθευτής GAMBRO εφαρμόζει το σύστημα αποκλειστικής διανομής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και των ανταλλακτικών τους, χωρίς όμως να ορίζει καν μικρό αριθμό αποκλειστικών διανομέων στην ίδια αγορά, δηλαδή την ελληνική αγορά. Αντίθετα, για ολόκληρη την ελληνική αγορά η GAMBRO ορίζει έναν και

³¹¹ Σημειώνεται ωστόσο ότι στη σελίδα 72 του με αρ. 551/25.09.2018 υπομνήματός της, η εταιρία ΣΕΡΚΟ, αναφέρει επί λέξει τα εξής: «Η εταιρεία μας κατόπιν τούτων αρνήθηκε ευλόγως την εκτέλεση της παραγγελίας της Δουλγκέρης, λέγοντας της αυτονομία (σύμφωνα με τη βούληση της Gambro!) ότι εφόσον ορίστηκε κι αυτή πλέον διανομέας ανταλλακτικών της Gambro για τη Βόρεια Ελλάδα, μπορούσε κάλλιστα να αποστείλει την παραγγελία της στη Gambro.

Με αφορμή τις φτηνές ως άνω αιτιάσεις των 2 πρώτων καταγγελλομένων σε βάρος μας, την εποχή που υλοποιούνταν ο εκτοπισμός μας κατά τις απειλές των στελεχών της Gambro, διερωτώμαστε:

Εάν η 1η καταγγελλόμενη δεν είχε δήθεν καμία συμβατική σχέση μαζί μας, γιατί, ακόμα και την εποχή που μας πετσόκοβε την αποκλειστικότητα στην Ν. Ελλάδα (2/2010), εξακολούθησε να την επιβεβαιώνει (έστω πετσοκομμένη);;

Κι αφού μας πετσόκοψε την αποκλειστικότητα στη Ν. Ελλάδα, ορίζοντας ξαφνικά το 2010 την εταιρεία Δουλγκέρης αποκλειστική διανομέα Β. Ελλάδας, γιατί μας εγκαλεί για μη διανομή ανταλλακτικών προς την «αποκλειστική» αυτήν;» [Η υπογράμμιση γίνεται από την ΕΑ]. Από τα συγκεκριμένα χωρία προκύπτει ότι, σε αντίθεση με τα αναφερόμενα στην καταγγελία της, ο ενδοσηματικός ανταγωνισμός, ασκούμενος μέσω ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ, ενοχλούσε τη ΣΕΡΚΟ, τουλάχιστον για τις περιόδους εκείνες που η ίδια επικαλείται ότι η καταγγελλόμενη GAMBRO της «πετσόκοψε», όπως η ίδια αναφέρει στο έγγραφό της, την αποκλειστικότητα.

³¹² Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στην παρ. 156 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς, η οποία αναφέρει: «ο αποκλεισμός άλλων διανομέων δεν αποτελεί πρόβλημα εάν ο προμηθευτής που εφαρμόζει το σύστημα αποκλειστικής διανομής ορίζει μεγάλο αριθμό αποκλειστικών διανομέων στην ίδια αγορά και δεν επιβάλλονται σ' αυτούς τους αποκλειστικούς διανομείς περιορισμοί όσον αφορά τις πωλήσεις τους σε άλλους μη εξουσιοδοτημένους διανομείς. Αντίθετα, ο αποκλεισμός άλλων διανομέων μπορεί να αποτελέσει πρόβλημα στην περίπτωση που υπάρχει "αγοραστική ισχύς" και ισχύς στην αγορά επόμενου σταδίου, ιδιαίτερος στην περίπτωση των πολύ μεγάλων γεωγραφικών περιοχών όπου ο αποκλειστικός διανομέας καθίσταται ο αποκλειστικός αγοραστής για μια ολόκληρη αγορά».

μοναδικό αποκλειστικό διανομέα, την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, στην οποία και μόνο παραπέμπει η GAMBRO οποιονδήποτε άλλο δυνητικό διανομέα των ανταλλακτικών της, τουλάχιστον όπως βεβαιώνουν και οι απαντήσεις της στα αιτήματα της ΣΕΡΚΟ. Επομένως, εξ αυτού και μόνο του γεγονότος, κατά τους ισχυρισμούς της ΣΕΡΚΟ, δύσκολα μπορεί να πειστεί κανείς ότι ο αποκλεισμός οποιουδήποτε άλλου διανομέα δεν αποτελεί πρόβλημα. Μάλιστα, στην εξεταζόμενη περίπτωση, υπογραμμίζει η ΣΕΡΚΟ, ο αποκλεισμός οποιουδήποτε άλλου διανομέα αποτελεί με βεβαιότητα πρόβλημα, καθώς υπάρχει αφενός «αγοραστική ισχύς» εκ μέρους της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ως μοναδικού αποκλειστικού διανομέα της GAMBRO στην ελληνική επικράτεια, και αφετέρου ισχύς της GAMBRO στην αγορά επόμενου σταδίου, δεδομένου ότι με βεβαιότητα αυτή κατέχει υπέρ-δεσπόζουσα θέση, τουλάχιστον στην αγορά των ανταλλακτικών και δεσπόζουσα θέση στην αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, σε ολόκληρη την ελληνική επικράτεια. Εν προκειμένω, ο αποκλειστικός διανομέας ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ καθίσταται και αποκλειστικός αγοραστής για ολόκληρη την ελληνική αγορά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και των ανταλλακτικών αυτών των μηχανημάτων (και την επισκευή τους) που φέρουν το σήμα GAMBRO.

193. Η καταγγέλλουσα ισχυρίζεται³¹³, ότι η άμβλυνση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, εξαιτίας της προβαλλόμενης από τις καταγγελλόμενες επιχειρήσεις, αποκλειστικής διανομής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και των ανταλλακτικών τους, καθώς και της αποκλειστικής παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των εν λόγω μηχανημάτων μόνο από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, που καλύπτει μία μεγάλη γεωγραφική περιοχή, αυτή της ελληνικής επικράτειας, είναι δεδομένη, καθώς τα δημόσια νοσοκομεία για παράδειγμα, ως τελικοί πελάτες-καταναλωτές, δεν έχουν καμία απολύτως δυνατότητα επιλογής μεταξύ δύο τουλάχιστον ανεξάρτητων διανομέων ανταλλακτικών και παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής. Αντίθετα, η μοναδική επιλογή που έχουν, με ό,τι αυτό συνεπάγεται, είναι η αποκλειστική διανομέας ανταλλακτικών και πάροχος υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης για την ελληνική επικράτεια ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, και οι τυχόν οριζόμενοι από την ίδια υπεργολάβοι (όπως η ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ), οι οποίοι όμως δεν δρουν ως ανεξάρτητες επιχειρήσεις που μπορούν αυτόνομα να επηρεάσουν την ανταγωνιστική διάρθρωση (λειτουργία) της αγοράς. Στην προκειμένη περίπτωση, υποστηρίζει η καταγγέλλουσα, δεν έχουμε απλώς μία άμβλυνση ή εξασθένηση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, αλλά την πλήρη εξάλειψή του.

194. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ³¹⁴, η προμηθεύτρια GAMBRO έχει μονοπωλιακή θέση στη σχετική ελληνική αγορά των ανταλλακτικών³¹⁵ και

³¹³ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στην παρ. 159 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς, η οποία αναφέρει: «η άμβλυνση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού [εξαιτίας της αποκλειστικής διανομής] είναι ιδιαίτερα πιθανή σε επίπεδο λιανικής πώλησης, εάν συνδυάζεται με μεγάλες γεωγραφικές περιοχές, αφού οι τελικοί καταναλωτές ίσως έχουν ελάχιστες δυνατότητες επιλογής μεταξύ ενός διανομέα με υψηλές τιμές/υψηλό επίπεδο υπηρεσιών και ενός διανομέα με χαμηλές τιμές/χαμηλό επίπεδο υπηρεσιών για ένα σημαντικό σήμα».

³¹⁴ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στην παρ. 153 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς, όπου αναφέρεται ότι: «καθοριστική σημασία έχει η θέση που κατέχουν στην αγορά ο προμηθευτής και οι ανταγωνιστές του, καθώς η μείωση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού δημιουργεί προβλήματα μόνο εάν ο διασηματικός ανταγωνισμός είναι περιορισμένος. Όσο πιο ισχυρή είναι η "θέση του προμηθευτή", τόσο σοβαρότερη είναι η άμβλυνση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Όταν το μερίδιο αγοράς υπερβαίνει το όριο του 30%, υπάρχει ενδεχομένως κίνδυνος αισθητής μείωσης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Για να πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 101 παράγραφος 3, η μείωση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού μπορεί να πρέπει να αντισταθμίζεται από ουσιαστικές βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας».

³¹⁵ Σύμφωνα με την ΣΕΡΚΟ, για τα μηχανήματα GAMBRO δεν υφίστανται ανταλλακτικά εφάμιλλης ποιότητας ούτε δια-λειτουργικότητα με ανταλλακτικά άλλων οίκων και «Ως εκ τούτου, στη δευτερογενή

δεσπόζουσα θέση στην αγορά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού. Επομένως, ο διασηματικός ανταγωνισμός είναι πολύ περιορισμένος έως και ανύπαρκτος (στην αγορά των ανταλλακτικών) και κατά συνέπεια η μείωση, στην προκειμένη περίπτωση η πλήρης εξάλειψη, του ενδοσηματικού ανταγωνισμού δημιουργεί προβλήματα, καθώς η θέση της προμηθεύτριας GAMBRO είναι ιδιαίτερος ισχυρή και στις δύο σχετικές αγορές προϊόντων (μηχανημάτων και ανταλλακτικών).

195. Σύμφωνα με τις εκτιμήσεις της ΣΕΡΚΟ, το μερίδιο της GAMBRO υπερβαίνει κατά πολύ το όριο του 30% και στις δύο ως άνω αγορές κι επομένως ο κίνδυνος αισθητής μείωσης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού είναι προφανής στην εξεταζόμενη περίπτωση. Ως εκ τούτου είναι αδύνατη η πλήρωση σωρευτικώς των κριτηρίων του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ μέσω της επίκλησης οποιασδήποτε αντιστάθμισης από ουσιαστικές βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας. Εν κατακλείδι, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η δεδομένη μείωση/εξαφάνιση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού δεν μπορεί να αντισταθμιστεί από επαρκή διασηματικό ανταγωνισμό.

Στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών - Συνδυασμός αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής (πηγής) προμήθειας – Αδυναμία παράλληλων εισαγωγών

196. Η ΣΕΡΚΟ καταγγέλλει ότι, όπως συνομολογούν οι καταγγελλόμενες επιχειρήσεις με επιστολές τους³¹⁶, με συμφωνία-σύμπραξη μεταξύ τους, έχουν ορίσει την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, όχι μόνο ως αποκλειστικό διανομέα ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής της GAMBRO και πάροχο υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των εν λόγω μηχανημάτων για την Ελλάδα, αλλά και ως αποκλειστική πηγή προμήθειας των εν λόγω προϊόντων για οποιονδήποτε³¹⁷, στον οποίο αυτή θα επιτρέψει να έχει παρουσία στη σχετική ελληνική αγορά συντήρησης και επισκευής των εν λόγω μηχανημάτων και συναφώς και για την ΣΕΡΚΟ³¹⁸.

αγορά ανταλλακτικών και της επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO η υπερδεσπόζουσα θέση της GAMBRO θα πρέπει να θεωρηθεί δεδομένη καθόσον στην πραγματικότητα είναι μονοπωλητής» (σελ 22 της Καταγγελίας).

³¹⁶ Σχετικά 8, 9^A και 10^A της Καταγγελίας αντίστοιχα:

Με την από 16.06.2011 επιστολή της, η GAMBRO σταμάτησε πλέον οποιαδήποτε προμήθεια της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά και της σύστησε εάν επιθυμεί, να απευθυνθεί στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προκειμένου να προμηθευτεί από εκείνη οποιαδήποτε ανταλλακτικά GAMBRO χρειαζόταν.

Αντίστοιχο ήταν το περιεχόμενο των άλλων δύο επιστολών (11.7.2011 ηλεκτρονική αλληλογραφία της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ και 18.7.2011 ηλεκτρονική αλληλογραφία της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ).

Επίσης βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης.

³¹⁷ Αναφορικά με τον περιορισμό των πηγών εφοδιασμού, η καταγγέλλουσα επικαλείται επίσης την απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση JCB (C-167/04P), όπου το Δικαστήριο επικύρωσε την απόφαση του Πρωτοδικείου και της Επιτροπής, που έκρινε ότι συνιστά πολύ σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού η υποχρέωση των εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων του Ομίλου JCB στην Ιταλία και Γαλλία να προμηθεύονται προϊόντα και ανταλλακτικά από τις θυγατρικές του Ομίλου JCB στις χώρες αυτές (Απόφαση ΔΕΚ 21-9-2006, σκέψεις 147 και επ., 150, 152). Υπογραμμίζει, επίσης, σχετικά ότι στην υπόθεση Volkswagen v. Commission (T-62/98), το ΠΕΚ χαρακτήρισε ως ουσιαστικό κανόνα της κοινής αγοράς, του οποίου η τήρηση είναι υποχρεωτική, την απαγόρευση της στεγανοποίησης (ιδίως, σκέψεις 334 και 336) και αναφέρεται σε πάγια κοινοτική νομολογία σχετική με τις παράλληλες εισαγωγές.

³¹⁸ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στην παρ. 154 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς, όπου αναφέρεται ότι στις «αγορές με τις υψηλότερες τιμές, η άμβλυνση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού είναι αποτέλεσμα όχι μόνο της γεωγραφικής αποκλειστικότητας σε επίπεδο λιανικής πώλησης, αλλά επιβαρύνεται και από την υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας που

197. Δυνάμει της ως άνω συμφωνίας –σύμπραξης της GAMBRO και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, όπως αυτές την ερμηνεύουν και την εφαρμόζουν και σύμφωνα με τις δικές τους ομολογίες, αποκλείεται για τη ΣΕΡΚΟ που ήδη δραστηριοποιείται στην αγορά της επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της GAMBRO, αλλά και για κάθε άλλη επιχείρηση που ενδιαφέρεται να δραστηριοποιηθεί στη σχετική αγορά, κάθε άλλη πηγή προμήθειας ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού της GAMBRO και συναφώς και η παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών από άλλες πηγές προμήθειας (ήτοι την ίδια την προμηθεύτρια επιχείρηση ή θυγατρικές της ή διανομείς της σε άλλες χώρες, της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή τρίτες εκτός Ένωσης), καθώς, σύμφωνα με τις οδηγίες του προμηθευτή –παραγωγού των μηχανημάτων και των ανταλλακτικών, είναι υποχρεωτική η συνεργασία με τον τοπικό, για την Ελλάδα, αποκλειστικό διανομέα για την προμήθεια των αναγκαίων ανταλλακτικών, ο οποίος έχει ταυτόχρονα και την αποκλειστική ευθύνη, αλλά και το απόλυτο δικαίωμα να αποφασίζει για την χορήγηση ή όχι της σχετικής βεβαίωσης του εξουσιοδοτημένου παρόχου υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης στην ελληνική αγορά.
198. Η ΣΕΡΚΟ τόσο στην καταγγελία της όσο και στα μετέπειτα συμπληρωματικά υπομνήματα προσκομίζει σειρά στοιχείων βάσει των οποίων, σύμφωνα με την ίδια, αποκλείεται η δυνατότητα παράλληλης εισαγωγής ανταλλακτικών (βλ. Ενότητα 0 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης). Κατά τη ΣΕΡΚΟ, η αδυναμία εισόδου και παραμονής στη σχετική αγορά διανομής ανταλλακτικών, μέσω τυχόν παράλληλης εισαγωγής ανταλλακτικών, προκύπτει και από τη σχετική από 11.8.2010 εξώδικη δήλωση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³¹⁹, όπου αυτή ισχυρίζεται ότι η ΣΕΡΚΟ, δρώντας ως υπεργολάβος της, αγόραζε τα ανταλλακτικά, απευθείας από τη GAMBRO, κατόπιν αδείας της, χάριν λογιστικής διευκόλυνσης.
199. Από όλα τα παραπάνω αποδεικνύεται, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, συμφωνία μεταξύ των καταγγελλομένων επιχειρήσεων με αντικείμενο, άλλως αποτέλεσμα, την απόλυτη εδαφική προστασία του διανομέα και τον αποκλεισμό άλλων πηγών προμήθειας των ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της GAMBRO, αλλά και των μηχανημάτων αυτών καθαυτών, που θα μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο εμπορίας στην Ελληνική αγορά, και συνεπώς τη στεγανοποίηση της εν λόγω αγοράς. Η συμφωνία αυτή, λόγω του περιοριστικού της αντικείμενου, συνιστά πολύ σοβαρή παράβαση του ανταγωνισμού, καθώς αποσκοπεί στη στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς. Θα πρέπει δε να χαρακτηριστεί ακόμη πιο σοβαρή, λόγω της δεσπόζουσας θέσης της GAMBRO, αλλά και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ως εκτελεστικού της GAMBRO βραχίονα, που διαθέτει, δυνάμει της σύμβασής της με αυτήν, το νομικό και εν τέλει το πραγματικό μονοπώλιο στην ελληνική αγορά των ανταλλακτικών και παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού.
200. Η ανωτέρω σύμπραξη των καταγγελλομένων, εκτός του ότι έχει αντικείμενο περιοριστικό του ανταγωνισμού, αναπτύσσει ταυτόχρονα, κατά την άποψη της καταγγέλλουσας, και πολύ σοβαρά αντί-ανταγωνιστικά αποτελέσματα, καθώς συμβάλλει στη διατήρηση ενός τεχνητά υψηλού επιπέδου τιμών των εν λόγω αγαθών που αφορούν την προστασία της δημόσιας υγείας στην ελληνική αγορά.

επιβάλλεται στους λιανοπωλητές. Η υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας αποκλειστικά από πηγές προμήθειας που είναι εγκατεστημένες στη χώρα (τον τοπικό αποκλειστικό διανομέα ή ακόμα την εθνική θυγατρική του κατασκευαστή) συμβάλλει στην διατήρηση χωριστών αγορών και γεωγραφικών περιοχών, καθιστώντας αδύνατη την αξιοποίηση των αποκλίσεων στις τιμές μεταξύ των αποκλειστικών λιανοπωλητών, που είναι οι κύριοι μεταπωλητές γι' αυτό το είδος προϊόντος».

³¹⁹ Βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

201. Η καταγγέλλουσα καταλήγει ότι τυχόν επιχειρήματα των καταγγελλομένων για πιθανή βελτίωση της αποτελεσματικότητας, προκειμένου να δικαιολογηθεί η προκαλούμενη, από το συνδυασμό αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής προμήθειας, στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς, ιδίως δε τα επιχειρήματα για ενδεχόμενη βελτίωση της αποτελεσματικότητας, λόγω της αποκλειστικής προμήθειας, που συνδέεται πρωτίστως με τις οικονομίες κλίμακας στον τομέα της μεταφοράς, δεν θεωρείται πιθανό να μπορούν να αντισταθμίσουν τα αρνητικά αποτελέσματα των διακρίσεων ως προς τις τιμές και της εξαφάνισης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς, δεν θεωρείται πιθανό να πληρούνται οι όροι του άρθρου 1 παρ.3 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ.

Πρόσθετα εμπόδια εισόδου και παραμονής στην ελληνική αγορά παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής (περιορισμοί σε δίκτυο επιλεκτικής διανομής)

202. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, από τη σύμπραξη των καταγγελλομένων, όπως αποτυπώνεται στην ανωτέρω συμφωνία αποκλειστικότητας, αλλά και στις επιστολές και εξώδικες δηλώσεις τους, προκύπτουν και τα ακόλουθα:

203. Κατ' αρχήν η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έχει την ευχέρεια, κατά τα συμφωνηθέντα μεταξύ των καταγγελλομένων, να αποφασίζει αν επιθυμεί τον ορισμό ή όχι άλλης επιχείρησης, ως υπεργολάβου, για την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής στην ελληνική αγορά. Ο διορισμός της εν λόγω επιχείρησης θα γίνεται κατόπιν πρότασης της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και μετά από προηγούμενη έγκριση της GAMBRO, χωρίς όμως να τίθενται στη μεταξύ τους σύμβαση κάποια συγκεκριμένα ποιοτικά, εκ των προτέρων γνωστά και αντικειμενικά κριτήρια, τα οποία θα επιτρέπουν την είσοδο και παραμονή στην εν λόγω αγορά σε κάθε επιχείρηση που θα πληροί τα εν λόγω κριτήρια. Μάλιστα η τυχόν οριζόμενη επιχείρηση θα πρέπει να έχει την ιδιότητα του υπεργολάβου (subcontractor) της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

204. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ως αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών και πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής, έχει συνεπώς την εξουσία, δυνάμει συμφωνίας της με τη GAMBRO, να επιβάλει αποτελεσματικά την στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς, καθώς μπορεί αυθαίρετα και ανεξέλεγκτα να αποφασίσει τον αποκλεισμό κάθε ενδιαφερόμενης επιχείρησης από την αγορά συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων της, εάν δεν θα είναι διατεθειμένη να προμηθευτεί αποκλειστικά από την ίδια τα αναγκαία ανταλλακτικά και αν δεν αποδεχθεί το καθεστώς του υπεργολάβου που έχουν συμφωνήσει οι καταγγελλόμενες να της επιβάλλουν.

205. Ταυτόχρονα, σύμφωνα με την ΣΕΡΚΟ, όπως προκύπτει άμεσα από τις επιστολές της GAMBRO³²⁰, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έχει την ευθύνη και την εξουσία να αποφασίζει περί της χορήγησης ή μη της σχετικής βεβαίωσης του εξουσιοδοτημένου - πιστοποιημένου παρόχου υπηρεσιών επισκευής, χωρίς να δεσμεύεται κατά την λήψη της απόφασής της να τηρεί κριτήρια σαφή, αντικειμενικά και εκ των προτέρων γνωστά, κατά παράβαση των αρχών και κανόνων που διέπουν την νομιμότητα των

³²⁰ Σχετικά 8, 9^A και 10^A της Καταγγελίας αντίστοιχα:

Με την από 16.06.2011 επιστολή της, η GAMBRO σταμάτησε πλέον οποιαδήποτε προμήθεια της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά και της σύστησε εάν επιθυμεί, να απευθυνθεί στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προκειμένου να προμηθευτεί από εκείνη οποιαδήποτε ανταλλακτικά GAMBRO χρειαζόταν.

Αντίστοιχο ήταν το περιεχόμενο των άλλων δύο επιστολών (11.7.2011 ηλεκτρονική αλληλογραφία της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ και 18.7.2011 ηλεκτρονική αλληλογραφία της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ). Επίσης βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

συμφωνιών επιλεκτικής διανομής και που κατ' αναλογία πρέπει να εφαρμόζονται και στην κρινόμενη υπόθεση για τον ορισμό των εξουσιοδοτημένων παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής της GAMBRO.

206. Η καταγγέλλουσα σημειώνει ότι ειδικά όσον αφορά την ίδια, λαμβάνει χώρα εν προκειμένω, κατόπιν συμφωνίας και συντονισμένης δράσης των καταγγελλομένων, αποκλεισμός της από τη σχετική αγορά της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, ο οποίος είναι αυθαίρετος και ο οποίος αντιβαίνει στα διαφανή, αντικειμενικά και ποιοτικά κριτήρια που πρέπει να διέπουν την οργάνωση και λειτουργία ενός συστήματος επιλεκτικής διανομής εξουσιοδοτημένων παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής. Η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι αποκλείεται στην πραγματικότητα από τη σχετική αγορά, ενώ είναι απολύτως συνεπής στις υποχρεώσεις της και παρείχε πάντα υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης με υψηλές προδιαγραφές και σύμφωνα πάντα με τις οδηγίες και την τεχνογνωσία της GAMBRO, που επί σειρά ετών της χορηγούσε τις σχετικές βεβαιώσεις εξουσιοδοτημένου συντηρητή και επισκευαστή μηχανημάτων. Δεν προβάλλεται δε από τις καταγγελλόμενες για τον αποκλεισμό της αυτό, που συντελείται και με την μη χορήγηση της απαιτούμενης για τη συμμετοχή της στους διαγωνισμούς βεβαίωσης εξουσιοδοτημένου επισκευαστή – συντηρητή, κανένας αντικειμενικός και βάσιμος λόγος. Ο μόνος λόγος είναι ότι η ΣΕΡΚΟ επιθυμεί να έχει αυτόνομη επιχειρηματική παρουσία στην αγορά και δεν αποδέχεται το καθεστώς εξάρτησης το οποίο επιδιώκουν να της επιβάλλουν, αντιδρώντας, μεταξύ άλλων, και στην υπερβολική τιμολόγηση της GAMBRO. Συνεπώς, η πρακτική αποκλεισμού της καταγγέλλουσας από τη σχετική αγορά είναι απόρροια σύμπραξης μεταξύ των καταγγελλομένων που αντιβαίνει στο άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και στο άρθρο 101 της ΣΛΕΕ και δεν μπορεί να τύχει απαλλαγής, κατά την άποψη της ΣΕΡΚΟ, λαμβανομένης υπόψη και της δεσπόζουσας θέσης που κατέχουν οι καταγγελλόμενες στη σχετική ελληνική αγορά ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της GAMBRO.

Άλλες αντι-ανταγωνιστικές συνέπειες της επίμαχης σύμπραξης - Επηρεασμός του ενδοκοινοτικού εμπορίου

207. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα της ανωτέρω συμφωνίας είναι εξαιρετικά επώδυνα για τους τελικούς πελάτες, μεταξύ των οποίων και τα νοσοκομεία, που θα είναι αναγκασμένα να πληρώνουν τις υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής (στις οποίες περιλαμβάνεται και η τιμή των ανταλλακτικών) για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO σε τεχνητά υψηλές τιμές, οι οποίες και θα διαμορφώνονται στην πραγματικότητα από τον προμηθευτή σε συνεργασία με τον αποκλειστικό διανομέα. Υπό τις συνθήκες αυτές τα νοσοκομεία δεν θα μπορούν να επιτύχουν μέσω των διαγωνισμών τις πλέον ανταγωνιστικές τιμές για την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής, καθώς ο αποκλειστικός διανομέας και πάροχος των υπηρεσιών αυτών θα ελέγχει πλήρως την οικονομική συμπεριφορά των τυχόν από τον ίδιο ορισθέντων (χωρίς διαφανή και αντικειμενικά κριτήρια) υπεργολάβων και έτσι θα μπορεί να επιβάλλει τους οικονομικούς του όρους στα νοσοκομεία. Σε κάθε περίπτωση σε ένα παρόμοιο περιβάλλον αγοράς δημιουργείται και το κατάλληλο υπόστρωμα για την ανάπτυξη πρακτικών με αντικείμενο ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού επί των προσφερομένων τιμών ή/ και την κατανομή των αγορών.
208. Η καταγγέλλουσα καταλήγει ότι η σύμπραξη των καταγγελλομένων επηρεάζει δυνητικά και τις ενδοκοινοτικές συναλλαγές, καθώς εκτείνεται στο σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας, την οποία και στεγανοποιεί, ενώ ταυτόχρονα από την φύση των όρων που την διέπουν, οι οποίοι αφορούν οπωσδήποτε τουλάχιστον τις εισαγωγές

ανταλλακτικών για τα μηχανήματα GAMBRO από άλλες χώρες μέλη ή μη της ΕΕ, υπάρχει και τεκμήριο αισθητού περιορισμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου, αφού τόσο ο κοινοτικός κύκλος εργασιών της προμηθεύτριας εταιρίας υπερβαίνει τα 40 εκατομμύρια ευρώ, όσο και το μερίδιό της στη σχετική ελληνική αγορά υπερβαίνει κατά πολύ το κατώφλι του 5% που θέτει η σχετική Ανακοίνωση της Επιτροπής ΕΕ.

Παράβαση των άρθρων 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ

Παραμπόδιση παράλληλων εισαγωγών και στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών και συντήρησης και επισκευής

209. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η σύμβαση αποκλειστικότητας, αυτή καθαυτή, που συνδέει την GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και η επίκλησή της από την GAMBRO, προκειμένου να αρνηθεί να εκτελέσει τις παραγγελίες της καταγγέλλουσας σε ανταλλακτικά (βλ. Ενότητα 0), παραπέμποντάς την σχετικώς στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αλλά και να χορηγήσει στη ΣΕΡΚΟ τη σχετική εξουσιοδότηση/ πιστοποίηση παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, συνιστούν και τυπική περίπτωση κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η GAMBRO στις δευτερογενείς αγορές παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής και διάθεσης ανταλλακτικών, η οποία έχει ως άμεσο αποτέλεσμα την παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών και συναφώς και τη στεγανοποίηση της σχετικής ελληνικής αγοράς και τη διατήρηση έτσι της δεσπόζουσας θέσης και επιρροής της GAMBRO στην αγορά αυτή³²¹.

210. Ο συνδυασμός των υποχρεώσεων των μερών της σύμβασης αποκλειστικότητας, καταλήγει η καταγγέλλουσα, είναι βέβαιο ότι καταργεί τον ενδοσηματικό ανταγωνισμό στη σχετική αγορά, καθώς τέτοιου είδους υποχρεώσεις παρεμποδίζουν αυθαίρετα την είσοδο και παραμονή στη σχετική αγορά και περιορίζουν την ελευθερία του συντηρητή - επισκευαστή μηχανημάτων ή του υποψήφιου να εισέλθει στην εν λόγω αγορά, να επιλέξει τις πηγές εφοδιασμού του. Επιτρέπουν έτσι στη δεσπόζουσα επιχείρηση να διατηρήσει ή και να ενισχύσει ακόμα περισσότερο τη δεσπόζουσα θέση της στην εν λόγω αγορά επί ζημία ασφαλώς των τελικών καταναλωτών που είναι τα νοσοκομεία.

Επιβολή μη εύλογων-αυθαίρετων και διακριτικών όρων συναλλαγής - άρνηση πώλησης και άρνηση χορήγησης πιστοποίησης

211. Οι ανωτέρω πρακτικές αποκλεισμού της από τη σχετική αγορά συνιστούν, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, και καταχρηστικές πρακτικές, με την έννοια των σχετικών εθνικών και κοινοτικών διατάξεων, με την μορφή της επιβολής στην επιχείρηση μη δίκαιων, μη εύλογων και διακριτικών όρων συναλλαγής. Η παραπομπή της ΣΕΡΚΟ στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, για την εκτέλεση των παραγγελιών της, ισοδυναμεί, σύμφωνα με την εταιρία, στην πραγματικότητα και με καταχρηστική άρνηση πώλησεως της GAMBRO που έχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά. Αυτό γιατί η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι ανταγωνιστής της καταγγέλλουσας, που αθέμιτα επιδιώκει να την εκτοπίσει από την αγορά και που δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να της εγγυηθεί την απρόσκοπτη προμήθεια ανταλλακτικών και πολύ περισσότερο την προμήθειά τους με συμφέροντες όρους. Αντιστοίχως και η σωρευτικά προβαλλόμενη άρνηση χορήγησης πιστοποίησης, με ταυτόχρονη παραπομπή της ΣΕΡΚΟ, για το σκοπό αυτό, επίσης στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ,

³²¹ Η ΣΕΡΚΟ παραπέμπει σχετικά στην Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού 434/V/2009 (Υπόθεση NESTLE), ιδίως σκέψεις 55-57, και την σχετική νομολογία που εκεί παρατίθεται.

- συνιστά τυπική περίπτωση κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της GAMBRO, καθώς με τον τρόπο αυτό την εκτοπίζει πλήρως και αυθαίρετα από τη σχετική αγορά.
212. Οι ως άνω επιβληθέντες από την GAMBRO στη ΣΕΡΚΟ όροι συναλλαγής είναι, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, προδήλως μη εύλογοι και μη δίκαιοι, αλλά και διακριτικοί και ως εκ τούτου αντίθετοι προς το άρθρο 2 του νόμου 3959/2011, αλλά και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, αν ληφθεί υπόψη η επί τριάντα περίπου έτη συνεργασία της καταγγέλλουσας με την GAMBRO, η οποία την καθιστά παραδοσιακό πελάτη της, καθώς και η εμπειρία της και η αδιαμφισβήτητη αξιοπιστία της στην παροχή των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων της GAMBRO. Ιδίως μάλιστα όσον αφορά την άρνηση της GAMBRO να της χορηγήσει βεβαίωση ότι είναι εξουσιοδοτημένος επισκευαστής και συντηρητής των μηχανημάτων της, παραπέμποντάς την στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αυτή είναι εξόχως καταχρηστική πρακτική, καθώς εξαρτά την χορήγηση της βεβαίωσης αυτής από την ανεξέλεγκτη βούληση του ανταγωνιστή της, ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, χωρίς να τίθενται μάλιστα από τον προμηθευτή διαφανή, αντικειμενικά και μη διακριτικά κριτήρια για την χορήγησή της, με κίνδυνο τον βέβαιο και αυθαίρετο εκτοπισμό της από τη σχετική αγορά. Οι παραπάνω όροι περιορίζουν ακόμη περισσότερο μέχρι και καταργούν τον ήδη εξασθενημένο στη σχετική ελληνική αγορά ενδοσηματικό ανταγωνισμό και οδηγούν την καταγγέλλουσα σε εξαιρετικά δυσμενή ανταγωνιστική θέση σε σχέση με τον ανταγωνιστή της, ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αφού εν τέλει οδηγούν στον αδικαιολόγητο εκτοπισμό της από τη σχετική αγορά.
213. Η εν λόγω δυσμενής μεταχείρισή της, που οδηγεί στην αυθαίρετη εξάρτηση της ιδιότητάς της ως εξουσιοδοτημένου επισκευαστή συντηρητή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO από την ανεξέλεγκτη βούληση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, δηλαδή του ανταγωνιστή της, συνιστά δυσμενή διάκρισή της έναντι της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αν ληφθεί υπόψη ότι, ενώ η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ μόλις πρόσφατα άρχισε να οργανώνει τεχνικό τμήμα για την παροχή τεχνικών υπηρεσιών, η ΣΕΡΚΟ επί τριάντα περίπου έτη ήταν αποδέκτης και κοινωνός της τεχνογνωσίας της GAMBRO, παρέχοντας ποιοτικές τεχνικές υπηρεσίες, σύμφωνα με τις οδηγίες της, διατηρεί ένα άρτια εκπαιδευμένο τεχνικό τμήμα³²² και δίνει τακτική αναφορά στην πρώτη καταγγελλομένη σχετικά με την διεκπεραίωση όλων των αναγκαίων τεχνικών αλλαγών (rebuilding orders, υποχρεωτικές αλλαγές version) για όλη την Ελλάδα. Η εν λόγω διακριτική μεταχείριση όχι μόνο νοθεύει τη σχέση ανταγωνισμού της ΣΕΡΚΟ με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αλλά οδηγεί και στον πλήρη αποκλεισμό της ΣΕΡΚΟ από τη σχετική αγορά σε όφελος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.
214. Η ανωτέρω καταχρηστική συμπεριφορά της δεσπόζουσας GAMBRO, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα δεν δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά, καθώς ούτε θεμιτή επιχειρηματική συμπεριφορά συνιστά³²³, ούτε αποβλέπει στην εξυπηρέτηση ενός θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος³²⁴, ούτε εδράζεται σε παράγοντες

³²² Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε σχετικά τις αποδείξεις Gambro για τα εκπαιδευτικά σεμινάρια των τεχνικών της «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ» ([...]) στην Lund της Σουηδίας στις 20 Ιανουαρίου 2010, στις 12 Μαΐου 2010, στις 17 Σεπτεμβρίου 2010 και στις 15 Νοεμβρίου 2010 (Σχετικό 14Α της καταγγελίας).

³²³ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στην υπόθεση 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV κατά Επιτροπής Συλλ. 1978 σ. 207.

³²⁴ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στις Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις (παρ. 29) όπου αναφέρεται ότι «η συμπεριφορά αποκλεισμού μπορεί για παράδειγμα να θεωρείται αντικειμενικά απαραίτητη για λόγους υγείας ή ασφάλειας που συνδέονται με τη φύση του παραγόμενου προϊόντος».

εξωτερικούς προς την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση³²⁵. Αντίθετα, η πρακτική της δεσπόζουσας GAMBRO αποβλέπει στη διατήρηση και περαιτέρω ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της στην ελληνική αγορά, μέσω της διατήρησης της μονοπωλιακής θέσης της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η οποία είναι ο αποκλειστικός διανομέας και πάροχος των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, και συνεπώς συνιστά απαγορευμένη κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης, που αντιβαίνει και στα άρθρα 2 του ν. 3959/2011 και 102 της ΣΛΕΕ.

Υπερβολική τιμολόγηση των ανταλλακτικών από την GAMBRO - Επηρεασμός του ενδοκοινοτικού εμπορίου

215. Η ΣΕΡΚΟ ισχυρίζεται ότι, από σχετική αλληλογραφία που έχει ανταλλάξει με την GAMBRO αναφορικά με τις τιμές χρέωσης ορισμένων ανταλλακτικών της σε αυτή, προκύπτει η επιβολή υπερβολικής τιμολόγησης στα ανταλλακτικά που της πωλούσε, δηλαδή τιμές αυξημένες ακόμη και σε ποσοστό της τάξεως του 400% ή 500% σε σχέση με τις τιμές της αμέσως προηγούμενης χρονιάς. Αδιαμφισβήτητη όμως απόδειξη της πρακτικής της υπερβολικής τιμολόγησης, την οποία επί σειρά ετών και παρά τις σχετικές έντονες διαμαρτυρίες της ΣΕΡΚΟ εφήρμοζε σε αυτήν η GAMBRO, αποτελεί η σημαντική απόκλιση των τιμών που εφήρμοζε στην εταιρία και οι οποίες ήταν αυξημένες, κατά 140 έως 160%, σε σχέση με τις τιμές που τιμολογούσε τα ίδια είδη σε άλλους πελάτες της σε ομοειδείς αγορές άλλων κρατών μελών της ΕΕ.
216. Το μηχανογραφικό σύστημα της GAMBRO προδίδει, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, την ύπαρξη διαφόρων τιμοκαταλόγων με σημαντικότερες και αδικαιολόγητες αποκλίσεις τιμών πώλησης για προϊόντα (ανταλλακτικά εν προκειμένω) που κατασκευάζει η ίδια (δηλαδή έχουν το ίδιο κόστος γι' αυτήν) και τα οποία διανέμονται από την ίδια σε διάφορες χώρες μέλη της ΕΕ (βλ αναλυτικά Ενότητα 0)³²⁶.
217. Σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, οι καταχρηστικές πρακτικές της δεσπόζουσας GAMBRO, επηρεάζουν επίσης και το ενδοκοινοτικό εμπόριο σύμφωνα με τη σχετική Ανακοίνωση της Επιτροπής (2004/ C-101/07). Το περιεχόμενο της ως άνω επίδικης συμφωνίας διανομής αποτελεί αντικείμενο διασυνοριακών συναλλαγών και καλύπτει το σύνολο της ελληνικής επικράτειας. Κατά τον ίδιο τρόπο και οι καταχρηστικές πρακτικές της GAMBRO, που αποκλείουν κάθε μορφής ενδοσηματικό ανταγωνισμό στην ελληνική αγορά της συντήρησης και της επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και συνεπώς οδηγούν στην στεγανοποίησή της, δύνανται να επηρεάσουν αισθητά το ενδοκοινοτικό εμπόριο.

Υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 καταγγελία κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ

218. Η ΣΕΡΚΟ με την υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατέθεσε ταυτόχρονα και καταγγελία κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ για την εκ μέρους της αντι-ανταγωνιστική πρακτική της άρνησης πώλησης ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και παροχής εκπαίδευσης και πρόσβασης στις τεχνικές πληροφορίες. Η πρακτική συνεχεται, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, αναπόσπαστα

³²⁵ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει στις υποθέσεις 77/77 BP κατά Επιτροπής Συλλ. 1978 σ. 1513, παρ. 33, T-30/89 Hilti AG κατά Επιτροπής Συλλ. 1991 σ. II-1439, παρ. 118 και 119, T-83/91 Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής (Tetra Pak II) Συλλ. 1994 σ. II-755, παρ. 83, 84 και 138.

³²⁶ Στην εξεταζόμενη περίπτωση, σύμφωνα με την καταγγελία, θα πρέπει να ερευνηθούν οι τιμές που χρεώνει κυρίως η δεσπόζουσα GAMBRO για τα ανταλλακτικά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, καθ' όλα τα έτη της συνεργασίας της με την ΣΕΡΚΟ, σε σύγκριση μάλιστα με τις αντίστοιχες τιμές χρέωσης για τα ίδια αγαθά σε άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

με τις ομοειδείς πρακτικές που αποτελούν αντικείμενο της υπ' αριθ. πρωτ. 4968/02.08.2011 καταγγελίας της, όπως αυτή συμπληρώθηκε με τα επακόλουθα υπομνήματα. Η αντί-ανταγωνιστική συμπεριφορά της ΜΠΑΞΤΕΡ συμπληρώνει και ενισχύει τις πρακτικές των ήδη καταγγελλόμενων εταιριών, όπως μεταξύ άλλων η άρνηση προμήθειας της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά, καθώς και η άρνηση εκπαίδευσης των τεχνικών της και πρόσβασής της στις τεχνικές πληροφορίες των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, οδηγώντας στον εξοβελισμό της ΣΕΡΚΟ από τη σχετική αγορά συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO.

219. Κατ' αντιστοιχία με τα καταγγελλόμενα στην αρχική καταγγελία της, η ΣΕΡΚΟ καταγγέλλει ότι η ΜΠΑΞΤΕΡ αποτελεί ήδη τον μοναδικό προμηθευτή ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO στην ελληνική αγορά, αλλά και τον αποκλειστικό προμηθευτή σε ανταλλακτικά καθώς, τόσο η GAMBRO, όσο και οι λοιπές θυγατρικές εταιρίες του Ομίλου Gambro AB, που πέρασαν στον απόλυτο έλεγχο της Baxter International Inc, αλλά και οι διανομείς ανταλλακτικών GAMBRO σε χώρες μέλη ή μη της Ε.Ε αρνούνται αυθαίρετα και παράνομα να την προμηθεύουν με ανταλλακτικά³²⁷.
220. Σύμφωνα με τη θέση της ΣΕΡΚΟ, η αγορά των ανταλλακτικών αποτελεί αυτοτελή αγορά στην οποία η ΜΠΑΞΤΕΡ κατέχει δεσπόζουσα θέση, ως αποκλειστικός και μοναδικός προμηθευτής των ανταλλακτικών για τα μηχανήματα αυτά στην ελληνική αγορά, αλλά και ως απολύτως ελεγχόμενη από εταιρίες του Ομίλου Baxter, ο οποίος κατασκευάζει και διαθέτει στην ευρωπαϊκή αγορά τα ανταλλακτικά για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO³²⁸. Η δε άρνηση πώλησης ανταλλακτικών προβαλλόμενη από την ΜΠΑΞΤΕΡ είναι, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, παντελώς αδικαιολόγητη και αυθαίρετη πρακτική εκτοπισμού της από τη σχετική αγορά επισκευής και συντήρησης και ως εκ τούτου συνιστά τυπική περίπτωση κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης που απαγορεύεται τόσο από την εθνική όσο και την ενωσιακή νομοθεσία ανταγωνισμού.
221. Επίσης, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η ΜΠΑΞΤΕΡ κατέχει δεσπόζουσα θέση και στην παράπλευρη, κατά τη θέση της, αγορά συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, λόγω του γεγονότος ότι έχει το μονοπώλιο της βασικής εισροής (ήτοι των ανταλλακτικών), και επομένως ελέγχει την είσοδο και παραμονή των ανταγωνιστών της στην αγορά των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής και είναι σε θέση να δρα (και πράγματι δρα) ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της και τους πελάτες της στην αγορά αυτή.
222. Στην καταγγελία κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ, η ΣΕΡΚΟ αναφέρεται επιπλέον στην εφαρμογή από την ΜΠΑΞΤΕΡ, στην αγορά των ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, παρόμοιων διακριτικών και άνισων τιμολογιακών πρακτικών (υπερβολικών τιμών πώλησης) με αυτών που εφήρμοζαν στην αγορά οι GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³²⁹ έναντι της.

³²⁷ Η καταγγέλλουσα παραπέμπει σχετικά στο υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 συμπληρωματικό Υπόμνημα, σελ. 2, 3 και στο υπ' αριθ. πρωτ. 6051/23.7.2012 συμπληρωματικό Υπόμνημα της, σελίδα 13, δηλαδή στις επιστολές που αυτή είχε στείλει στις θυγατρικές της GAMBRO καθώς και στην GAMBRO, προκειμένου να την προμηθεύσουν με ανταλλακτικά.

³²⁸ Τα ως άνω επιβεβαιώνονται σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ από την 7.12.2015 δήλωση της ΜΠΑΞΤΕΡ, στην οποία αναφέρεται ότι «Η Μπάξτερ Ελλάς ΕΠΕ ως η εμπορική θυγατρική εταιρία στην Ελλάδα της Baxter International Inc, εταιρία της οποίας οι θυγατρικές είναι ιδιοκτήτες και κατασκευαστές όλων των προϊόντων με το σήμα Baxter Gambro, δια του παρόντος πιστοποιεί [...]», την οποία κατέθεσε κατά την συμμετοχή της σε διαγωνισμό του Γ.Ν. Θεσσαλονίκης «Δημοκράτειο» με αριθ. διακήρυξης 108/2015 (Σχετικό 13 της 1437/24.02.2016 καταγγελίας – αίτησης ασφαλιστικών μέτρων).

³²⁹ Σχετικά η ΣΕΡΚΟ παραπέμπει στην υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελία της (σελ. 32-36), στο υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.2.2014 συμπληρωματικό Υπόμνημά της (σελ. 3-5) και στο υπ' αριθ. πρωτ. 5859/5.10.2015 έγγραφο Υποβολής Διευκρινίσεων (σελ. 65-72) όπου στις σελ. 70-71 γίνεται

223. Η εφαρμοζόμενη καταχρηστική τιμολογιακή πολιτική εκδηλώνει τις αντι-ανταγωνιστικές συνέπειές της και στην παράπλευρη, κατά τη ΣΕΡΚΟ, αγορά της επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO όπου δραστηριοποιείται επίσης η ΜΠΑΞΤΕΡ, αλλά και η ΣΕΡΚΟ. Αυτό γιατί η εν λόγω άνιση και υπέρμετρη τιμολόγηση των ανταλλακτικών έχει ως σκοπό και αποτέλεσμα, εν τέλει, τον πλήρη εκτοπισμό της καταγγέλλουσας από την αγορά επισκευής και συντήρησης, καθώς οδηγεί αναπόφευκτα στην εξάλειψη ή στην υπέρμετρη συμπίεση του περιθωρίου κέρδους της από την διάθεση των ανταλλακτικών, αλλά και από την παροχή του «πακέτου» υπηρεσίας συντήρησης - επισκευής και ανταλλακτικών στα νοσοκομεία. Η τιμολογιακή πολιτική της ΜΠΑΞΤΕΡ της επιτρέπει, λόγω του υπέρμετρου ποσοστού κέρδους της στα ανταλλακτικά, να συμπίεζει υπέρμετρα και την τιμή του πακέτου της παρεχόμενης στα νοσοκομεία υπηρεσίας (ανταλλακτικών και υπηρεσίας συντήρησης και επισκευής) σε επίπεδα που ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής (όπως η ΣΕΡΚΟ) δεν δύναται πλέον να την ανταγωνιστεί και συνεπώς να παραμείνει στη σχετική αγορά. Επομένως, η συγκεκριμένη πρακτική αποβλέπει στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της GAMBRO και στην παράπλευρη αυτή αγορά.
224. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, όταν η ΜΠΑΞΤΕΡ συνάπτει συμβάσεις με τα δημόσια νοσοκομεία με απευθείας ανάθεση, τότε προσφέρει το «πακέτο» της υπηρεσίας στα νοσοκομεία σε τιμές που είναι κατά πολύ υψηλότερες από αυτές που προσφέρει για το ίδιο πακέτο στο πλαίσιο των διαγωνισμών όπου ανταγωνίζεται τη ΣΕΡΚΟ, κάτι που, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, μαρτυρεί την πρόθεσή της να την εκτοπίσει από τη σχετική αγορά μέσω επιθετικής τιμολόγησης³³⁰.
225. Η αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά της ΜΠΑΞΤΕΡ εκδηλώθηκε, ενώ ήδη είχε ενημερωθεί από τη ΣΕΡΚΟ η μητρική του Ομίλου ΜΠΑΞΤΕΡ για τις αντι-ανταγωνιστικές πρακτικές αποκλεισμού της από την αγορά συντήρησης και επισκευής που υφίστατο από την GAMBRO και την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και την είχε καλέσει να της γνωρίσει α) τις εναλλακτικές πηγές προμήθειας ανταλλακτικών στην Ευρώπη και β) τις πηγές πρόσβασης της εταιρίας στην εκπαίδευση των τεχνικών της και στην τεχνολογία των μηχανημάτων GAMBRO³³¹.
226. Η σχετική αγορά στην οποία νοθεύεται ο ανταγωνισμός είναι, σύμφωνα με την καταγγελλόμενη, εξαιρετικά ευαίσθητη και κρίσιμη για το συμφέρον του καταναλωτή, αποδέκτη υπηρεσιών υγείας, ενώ ταυτόχρονα η αντιμετώπιση των επίμαχων αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών αίρει τους φραγμούς εισόδου και παραμονής στην αγορά

αναφορά ότι η τιμή του ανταλλακτικού με κωδικό K40153001 Membrane Internal Pressure Regulators της πωλήθηκε ακριβότερα το έτος 2015 κατά 2177% σε σχέση με τα έτη 2008 και 2011.

Επίσης η ΣΕΡΚΟ θεωρεί ότι ο τιμοκατάλογος της ΜΠΑΞΤΕΡ αποτελεί άμεσο αποδεικτικό στοιχείο της υπερτιμολόγησης, καθώς εμμέσως πλην σαφώς αποδεικνύει τις τεράστιες διαφορές τιμών που εφαρμόζονται από τον Όμιλο Baxter ανά κράτος μέλος της ΕΕ και συνεπώς επιβεβαιώνει και όσα αυτή καταγγέλλει σχετικά με την καταχρηστική τιμολογιακή πολιτική της GAMBRO.

³³⁰ Σχετικά η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε την υπ' αριθ. ΣΙ2/2016 σύμβαση απευθείας ανάθεσης, της ΜΠΑΞΤΕΡ με το Γ.Ν. Γρεβενών, για τη συντήρηση οκτώ μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με ανταλλακτικά (Σχετ. 12 της υπ' αριθ. πρωτ.7067/11.10.2016), καθώς και την υπ' αριθ. ΣΙ2/2016 σύμβαση απευθείας ανάθεσης με το Γ.Ν. Πτολεμαΐδας για την συντήρηση οκτώ μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, με ανταλλακτικά (Σχετ. 13 της υπ' αριθ. πρωτ.7067/11.10.2016), δυνάμει των οποίων η ΜΠΑΞΤΕΡ συντηρεί κάθε μηχανήμα τεχνητού νεφρού με €[...] και €[...] μηνιαίως αντίστοιχα. Αντίθετα, η τιμή που προσέφερε στο διαγωνισμό του Νοσοκομείου Φιλιατών, για τη συντήρηση έντεκα μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με ανταλλακτικά, στον οποίο συμμετείχε και η ΣΕΡΚΟ, ήταν μόλις €[...] για την συντήρηση κάθε μηχανήματος ανά μήνα, ήτοι κατά πολύ χαμηλότερη της κανονικής τιμής που εφαρμόζει στις συμβάσεις απευθείας ανάθεσης (Σχετ. 14 της υπ' αριθ. πρωτ.7067/11.10.2016).

³³¹ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε τρεις επιστολές που έστειλε στις 17.4.2014, 6.6.2014 και 1.7.2015 προς την Baxter International Inc (σχετικά 14, 15, 16 της υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016).

επισκευής και συντήρησης των ιατρικών μηχανημάτων εν γένει που αντιμετωπίζουν οι τρίτοι (ήτοι οι μη συμβεβλημένοι με τον κατασκευαστή) ανεξάρτητοι επισκευαστές - συντηρητές. Ο αποκλεισμός της ΣΕΡΚΟ από την εν λόγω αγορά συνεπάγεται σοβαρή και ανεπανόρθωτη μεταβολή της δομής της αγοράς. Επίσης, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η ΣΕΡΚΟ έχει μακρόχρονη ευδόκιμη παρουσία στην αγορά επισκευής και συντήρησης και έχει συμβάλει στην ενίσχυση του ανταγωνισμού και στη μείωση των τιμών των σχετικών υπηρεσιών και συναφώς και στην εξοικονόμηση δημόσιων πόρων³³².

Η ΕΡΕΥΝΑ ΤΗΣ ΕΑ

Το δίκτυο διανομής της Gambro στην Ευρωπαϊκή Ένωση

227. Κατά την περίοδο 2004 – 2014, η GAMBRO διένειμε τα προϊόντα της στην Ευρωπαϊκή Ένωση συνήθως μέσω θυγατρικών που είχε συστήσει. Πιο συγκεκριμένα, το δίκτυο διανομής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, παροχής υπηρεσιών συντήρησης και ανταλλακτικών πραγματοποιούνταν μέσω θυγατρικής στο Βέλγιο, Γαλλία, Γερμανία, Δανία, Εσθονία, Ηνωμένο Βασίλειο, Ισπανία, Ιταλία, Ολλανδία, Λετονία, Λιθουανία, Λουξεμβούργο, Πολωνία (από το 2004), Πορτογαλία, Σουηδία και Φινλανδία³³³.

228. Συχνή ήταν και η διανομή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, παροχής υπηρεσιών συντήρησης και ανταλλακτικών μέσω αποκλειστικού διανομέα. Τέτοιες συμβάσεις η εταιρία είχε συνάψει με εταιρίες στην Ελλάδα, Ιρλανδία³³⁴, Βουλγαρία³³⁵ και Κροατία. Στην Πολωνία η GAMBRO διέθετε από το 2008, σύμβαση αποκλειστικής διανομής, μόνο για τη διανομή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού οξέως πόνου (Acute). Στη Ρουμανία, Τσεχία, Ουγγαρία και Μάλτα η σύμβαση διανομής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, παροχής υπηρεσιών συντήρησης και ανταλλακτικών δεν ήταν αποκλειστική.

229. Τέλος στη Σλοβακία και στη Σλοβενία η GAMBRO δεν διέθετε θυγατρική ή διανομέα. Στις εν λόγω χώρες, οι διανομείς έχουν υπογράψει συμβάσεις αντιπροσωπείας με άλλη εταιρία του ομίλου GAMBRO, την GAMBRO SALES AB. Στην περίπτωση της Σλοβενίας η σύμβαση που είχε υπογραφεί, η οποία λύθηκε το 2015, περιελάμβανε και αποκλειστική διανομή. Η τεχνική υποστήριξη στη Σλοβενία πραγματοποιούνταν από δύο διανομείς οι οποίοι είχαν σύμβαση με την GAMBRO SALES AB.

Σε σχετική ερώτηση που απηύθυνε η Υπηρεσία στη GAMBRO σχετικά με τα κριτήρια βάσει των οποίων επιλέγει τις εταιρίες επισκευής και συντήρησης με τις

³³² Σχετικά η ΣΕΡΚΟ παραπέμπει στο υπ' αριθ. πρωτ. 1917/02.03.2012 συμπληρωματικό υπόμνημα (σελ. 3) και το υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014 συμπληρωματικό υπόμνημα (σελ. 8). Επίσης, προσκόμισε την με αριθ. 24494/9-12-2015 οικονομική προσφορά που κατέθεσε η ΜΠΑΞΤΕΡ στο πλαίσιο διαγωνισμού του Γ.Ν. Θεσσαλονίκης «Ιπποκράτειο» με αριθ. διακήρυξης 108/2015 για την συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, συνολικού ποσού €[...] (σχετικό 8^Α), έναντι της με αριθ. 24647/11-12-2015 οικονομικής προσφοράς της ΣΕΡΚΟ συνολικού ποσού €[...] (σχετικό 9^Α). Η προσφερόμενη από την ΜΠΑΞΤΕΡ τιμή είναι ακριβότερη κατά €[...] έναντι της προσφερόμενης από την ΣΕΡΚΟ τιμής.

³³³ Με μικρές εξαιρέσεις αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών συντήρησης στην Γαλλία, Γερμανία, Ισπανία, Ιταλία (στις περιοχές της Σαρδηνίας και της Καλαβρίας) και Πορτογαλία.

³³⁴ Την 01.01.2010 η GAMBRO, συνήψε με την εταιρεία Pinewood Laboratories Limited, T/A Pinewood Healthcare, σύμβαση αποκλειστικής διανομής, σε αντικατάσταση της προηγούμενης σύμβασης απλής διανομής. Πλέον η διανομή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και των ανταλλακτικών και της συντήρησης και επισκευής τους γίνεται στην αγορά της Ιρλανδίας από θυγατρική εταιρεία του ομίλου BAXTER.

³³⁵ Έως το τέλος του 2011 η διανομή γινόταν στην αγορά της Βουλγαρίας χωρίς έγγραφη σύμβαση, από την εταιρία Sanimed Ltd, η οποία από το 2012 είναι η αποκλειστική διανομέας της.

οποίες θα συνεργαστεί, η εταιρία απήντησε ότι³³⁶ τους επιλέγει, με κριτήριο την αποδεδειγμένη τεχνική τους γνώση σε σχέση με την λειτουργία των προϊόντων GAMBRO και την αποδεδειγμένη εμπειρία τους στην εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Με βάση τη συγκεκριμένη απάντηση της GAMBRO τότε³³⁷, η πρόσβαση σε εκπαιδευτικά σεμινάρια και στη δικτυακή βάση τεχνικής υποστήριξης ήταν επακόλουθα της αναγνώρισης από την πλευρά της GAMBRO, ένταξης ενός διανομέα (ή υπεργολάβου) στο δίκτυο διανομής τεχνικών υπηρεσιών, συντήρησης και επισκευής, η οποία είναι απαραίτητη προκειμένου οι τεχνικοί να είναι ενήμεροι για τις νέες εξελίξεις στον χώρο των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, στον οποίο επέρχονται συχνές τεχνολογικές αλλαγές και προκειμένου να εξασφαλίζεται η καλύτερη δυνατή συντήρηση και λειτουργία των μηχανημάτων GAMBRO, προς αποφυγή οποιασδήποτε διακινδύνευσης της υγείας των ασθενών. Ωστόσο, στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ για το συγκεκριμένο ζήτημα αποσαφηνίστηκαν τα εξής: Σύμφωνα με το μάρτυρα [...] ³³⁸, «[έ]νας συντηρητής ο οποίος δεν είναι στέλεχος, δεν ανήκει στο προσωπικό της εταιρίας, για να μπορέσει να κάνει εργασίες συντήρησης θα πρέπει να πληροί τρεις προδιαγραφές. Πρώτον, πρέπει να είναι πιστοποιημένος τεχνικός συντηρητής. Δεύτερον, να χρησιμοποιεί αυθεντικά ανταλλακτικά του συγκεκριμένου μηχανήματος. Και τρίτον και σπουδαιότερο, να είναι διατεθειμένος να υποστεί ελέγχους από πλευράς της εταιρίας ότι κατά τη διάρκεια των εργασιών του ακολουθεί συγκεκριμένες προδιαγραφές.

Άρα ανεξαρτήτως από το έτος ηλικίας του συγκεκριμένου μηχανήματος, ο συντηρητής πρέπει να έχει περάσει κατάρτιση τεχνική στα εργαστήρια της εταιρίας, να χρησιμοποιεί συγκεκριμένα μέσα και προδιαγραφές και να είναι πάντοτε διατεθειμένος να υποστεί ελέγχους από πλευράς εταιρίας, να δει η εταιρία εάν συμμορφούται προς τις τρεις συγκεκριμένες προδιαγραφές.». Επομένως, από την κατάθεση του μάρτυρα της GAMBRO προκύπτει με σαφήνεια ότι δεν απαιτείται να είναι κάποιος εξουσιοδοτημένος επισκευαστής της GAMBRO προκειμένου να μπορέσει αυτός να έχει πρόσβαση σε εκπαιδευτικά σεμινάρια και στη δικτυακή βάση τεχνικής υποστήριξης³³⁹. Επίσης, στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας δεν αμφισβητήθηκε από την πλευρά της καταγγελλόμενης GAMBRO ότι το 2012 ενώ υπάλληλος της ΣΕΡΚΟ συμμετείχε σε τέτοιου είδους εκπαιδευτικό σεμινάριο στη Σουηδία, ωστόσο του ζητήθηκε από τη GAMBRO (και όχι από τη ΣΕΡΚΟ) να αποχωρήσει, χωρίς να έχει ολοκληρώσει το συγκεκριμένο σεμινάριο, αν και είχε ξεκινήσει να εκπαιδεύεται. Την πρωτοβουλία, δηλαδή, για την αποχώρηση του υπαλλήλου της ΣΕΡΚΟ από το εκπαιδευτικό σεμινάριο την είχε η ίδια η GAMBRO και δεν προέκυψε ότι ήταν υποχρεωμένη να κάνει κάτι τέτοιο λόγω του υπερβολικά μεγάλου αριθμού των υποψηφίων για πιστοποίηση³⁴⁰ (άλλωστε σε μία τέτοια περίπτωση δεν θα εκκινούσε καν η εκπαίδευση του υπαλλήλου της ΣΕΡΚΟ).

Επίσης, προς επίρρωση του συμπεράσματος ότι δεν απαιτείται να είναι κάποιος εξουσιοδοτημένος επισκευαστής της GAMBRO προκειμένου να μπορέσει αυτός να έχει πρόσβαση σε εκπαιδευτικά σεμινάρια και στη δικτυακή βάση τεχνικής

³³⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 3436/02.06.2015 επιστολή της GAMBRO.

³³⁷ Ο.π.

³³⁸ ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 80.

³³⁹ Όπως ανέφερε χαρακτηριστικά ο ίδιος μάρτυρας σε άλλο σημείο της κατάθεσής του [σελ. 98], «Θα μπορούσε να υπάρξει πιστοποίηση, όπως αναφέρατε, χωρίς την ύπαρξη σύμβασης.».

³⁴⁰ Σε απάντηση και του ισχυρισμού του μάρτυρα [...], ο οποίος ανέφερε μεταξύ άλλων και το εξής [σελ. 109]: «Σας κάνω ένα παράδειγμα όμως. Εάν αυτή τη στιγμή παρουσιαστούν 100 ανεξάρτητοι συντηρητές και μας πουν στην GAMBRO μας πιστοποιείτε; Η GAMBRO δεν διαθέτει την υποδομή εκείνη για να μπορέσει να το κάνει αυτό. Και προχωράω σ' ένα δεύτερο σημείο. Εξαρτάται και από την αγορά της κάθε χώρας. Στη Γαλλία για παράδειγμα και στην Ιταλία κατέχουμε το [35-45]% ως μερίδια αγοράς. Στην Ελλάδα έχουμε ένα [5-10]% – [10-15]% ως μερίδιο αγοράς. Δεν μπορούμε να είμαστε σε θέση να πιστοποιούμε όλους τους ανεξάρτητους συντηρητές.».

υποστήριξης επισημαίνεται και η διευκρίνιση του ίδιου μάρτυρα στη συνέχεια της κατάθεσής του κατόπιν σχετικής ερώτησης³⁴¹: «**ΟΜΙΛΗΤΗΣ**: Μάλιστα. Αυτό είναι απαγορευτικό απ' το να υπάρχουν άλλοι συντηρητές στην αγορά μη συνδεδεμένοι μαζί σας συμβατικά;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε, απαγορευτικό δεν είναι. Πιστοποιημένος πρέπει να είναι ο συντηρητής. Και βεβαίως εγώ δεν μπορώ να ζυπνήσω αύριο το πρωί και να πω θα γίνω συντηρητής. Εάν όμως κάποιος ανεξάρτητος συντηρητής παρουσιαστεί στη BAXTER ή σε μία ανταγωνιστική κατασκευάστρια εταιρία και πει θέλω να με πιστοποιήσεις, πολύ καλά, θα υποστεί τις εξετάσεις, θα τον πιστοποιήσει, αλλά θα πιστοποιηθεί σε τριπλό επίπεδο, ως άτομο, ως συντηρητής πιστοποιημένος, ως πιστοποιημένα εργαλεία τα οποία θα χρησιμοποιήσει για τις εργασίες συντήρησης και ως πιστοποιημένα ανταλλακτικά τα οποία θα χρησιμοποιήσει.».

Επιπροσθέτως, ο ίδιος μάρτυρας αναφέρει στη συνέχεια και τα εξής³⁴²: «Κοιτάζτε, να απαντήσω στο ερώτημά σας, δεν είμαστε κατά ή εναντίον των ανεξάρτητων συντηρητών. Επαναλαμβάνω, ένας συντηρητής ανεξάρτητος για να μπορεί να κάνει αυτού του είδους τις παρεμβάσεις πρέπει να είναι πιστοποιημένος, να χρησιμοποιεί αυθεντικά ανταλλακτικά των μηχανημάτων και να χρησιμοποιεί και βαθμονομημένα εργαλεία για τις εργασίες συντήρησης που παρέχει. Άρα δεν είμαστε εναντίον ούτε κατά των ανεξάρτητων συντηρητών.».

230. Το μερίδιο της GAMBRO στις εν λόγω εθνικές αγορές χονδρικής πώλησης μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, σύμφωνα με τις δικές της εκτιμήσεις, παρουσιάζει ο Πίνακας 5.

Πίνακας 5: Μερίδιο αγοράς GAMBRO στις χώρες της Ε.Ε. με σύστημα διανομής³⁴³

Χώρα	Gambro market share						BGR share	
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Βουλγαρία	[0-5]%	[10-15]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Κροατία	[0-5]%	[10-15]%	[15-25]%	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Τσεχία	[5-10]%	[0-5]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%
Ελλάδα	[25-35]%	[15-25]%	[15-25]%	[15-25]%	[5-10]%	[10-15]%	[15-25]%	[5-10]%
Ουγγαρία	[10-15]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%
Ιρλανδία	[15-25]%	[10-15]%	[10-15]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Ρουμανία	15-25%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Σλοβακία	[15-25]%	[10-15]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Σλοβενία	[5-10]%	[5-10]%	[10-15]%	[25-35]%	[25-35]%	[10-15]%	[5-10]%	[0-5]%

Πηγή: Στοιχεία προσκομισθέντα από GAMBRO

231. Από τα στοιχεία του ανωτέρω πίνακα, που προσκόμισε η ίδια η καταγγελλόμενη, προκύπτει ότι στην Ελλάδα η GAMBRO διαθέτει το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς σε σχέση με τις λοιπές χώρες της Ε.Ε., στις οποίες η εταιρία δεν διανέμει τα προϊόντα της μέσω θυγατρικής της. Επίσης, τα τελευταία χρόνια παρατηρείται μια τάση μείωσης του μεριδίου της GAMBRO στις περισσότερες από τις εν λόγω χώρες.

³⁴¹ Ο.π., σελ. 103-104.

³⁴² Ο.π., σελ. 109.

³⁴³ Υπ' αριθ. πρωτ. 713/03.02.2017 επιστολή της GAMBRO, Παράρτημα 11, excel με τίτλο «Gambro Market Share Estimates 2008 - 2015_HD system market (monitors, spare parts, after sales service)».

232. Η Υπηρεσία, στο πλαίσιο της διερεύνησης της καταγγελλόμενης από την ΣΕΡΚΟ αδυναμίας παράλληλων εισαγωγών ανταλλακτικών από τις εταιρίες του Ομίλου GAMBRO, ζήτησε τις συμβάσεις διανομής που η GAMBRO είχε υπογράψει με τις εταιρίες διανομής που δραστηριοποιούνται στην Ευρωπαϊκή Ένωση. Η πλειονότητα των συμβάσεων ακολουθούν πλώτο σύμβασης, ο οποίος και προσκομίστηκε από την GAMBRO. Παρακάτω (Πίνακας 6) παρουσιάζονται οι επίμαχοι όροι που βρέθηκαν στις εν λόγω συμβάσεις.

Πίνακας 6: Όροι συμβάσεων διανομής της GAMBRO με διανομείς στην Ε.Ε.

Χώρα	Είδος σύμβασης (χαρακτηρισμός GAMBRO)	Ημερομηνία Σύμβασης και Διάρκεια	Όροι προς διερεύνηση
Ελλάδα	Αποκλειστική διανομή	10.2003 έως 12.2015	<p><u>“2.2 Limitation to Territory</u></p> <p><i>Without the prior written consent from Gambro Export, Distributor shall, during the term of this Agreement, refrain from seeking customers, establishing any branch or maintaining any distribution depot for the Products in the territories outside the Territory exclusively allocated by Gambro Export to other distributors or exclusively reserved to Gambro Export. Distributor acknowledges that all other territories outside the Territory are exclusively allocated to other distributors or reserved for Gambro Export.</i></p> <p><u>2.4. Exports by customers</u></p> <p><i>If the Distributor obtains knowledge of any customer intending to export, use, sell or otherwise dispose of any Products outside the Territory, the Distributor shall immediately communicate all relevant information to Gambro Export.</i></p> <p>6. NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS</p> <p><u>6.1. No direct sales.</u> <i>Gambro Export shall not sell the Products directly to clients in the Territory, whether through a local establishment, through other agents, distributors dealers, or to customers in the Territory on a cross-border basis, except as regards Special Products as set out in Section 2.3 above³⁴⁴.</i></p> <p><u>6.2. Notice of opportunities.</u> <i>Gambro Export shall communicate to the Distributor all information concerning opportunities for the promotion and sale of the Products in the Territory and will refer to Distributor inquires from all customers in the Territory directly contacting Gambro Export in order to purchase the Products directly from Gambro Export or for import in the Territory.</i></p> <p><u>6.3. No parallel imports.</u> <i>Gambro Export shall take all reasonable measures compatible with EU-competition law to ensure that all of its other agents, distributors or dealers actually and consistently abstain from exporting any of the Products to the Territory or reselling the Products to any person for import in the Territory.</i></p>
Ιρλανδία	Αποκλειστική διανομή ³⁴⁵	01.01.2010 έως τις 30.11.2015	<p><u>Σύμβαση πιλότος:</u></p> <p><u>“2.4 Restriction of Sales Outside of the Territory.</u></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell and shall cause its Affiliates and Sub-distributors to not sell Products outside the assigned Territory.</i></p> <p><u>3.1 Supply Terms</u></p> <p><i>(a) Generally. During the Term of this Agreement and</i></p>

³⁴⁴ Section 2.3 Acknowledgement. [...] Βλ. και Παράρτημα Α.

³⁴⁵ [...]

Χώρα	Είδος σύμβασης (χαρακτηρισμός GAMBRO)	Ημερομηνία Σύμβασης και Διάρκεια	Όροι προς διερεύνηση
			<p><i>subject to the terms and conditions contained herein, DISTRIBUTOR shall purchase exclusively from Gambro, and Gambro shall, or shall cause its Affiliates to, manufacture for and supply to DISTRIBUTOR, the Product in accordance with the provisions of this Article 3.</i></p> <p><i>3.10 Restriction on Re – Sale</i></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub – distributors to not sell, Products outside the assigned Territory”³⁴⁶</i></p>
Βουλγαρία ³⁴⁷	Αποκλειστική διανομή	01.01.2012 έως 31.03.2018	<p><u>Σύμβαση πιλότος:</u></p> <p><i>“2.4 Restriction of Sales Outside of the Territory.</i></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell and shall cause its Affiliates and Sub-distributors to not sell Products outside the assigned Territory.</i></p> <p><i>3.1 Supply Terms</i></p> <p><i>(a) Generally. During the Term of this Agreement and subject to the terms and conditions contained herein, DISTRIBUTOR shall purchase exclusively from Gambro, and Gambro shall, or shall cause its Affiliates to, manufacture for and supply to DISTRIBUTOR, the Product in accordance with the provisions of this Article 3.</i></p> <p><i>3.10 Restriction on Re – Sale</i></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub – distributors to not sell, Products outside the assigned Territory”</i></p>

³⁴⁶ “2.4 Περιορισμός των πωλήσεων εκτός Περιοχής. Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι Θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας Περιοχής.

...

3.1 Όροι προμήθειας:

Γενικά. Κατά την διάρκεια της παρούσας σύμβασης και υπό τους όρους και προϋποθέσεις που περιλαμβάνονται σε αυτή, ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ θα προμηθεύεται αποκλειστικά από την Gambro, και η Gambro θα κατασκευάζει, ή θα κάνει τις Θυγατρικές της να κατασκευάζουν και να προμηθεύουν τον ΔΙΑΝΟΜΕΑ, το προϊόν σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Άρθρο 3. ...

3.10 Περιορισμοί στην επανά - πώληση

Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πουλάει, και θα κάνει τις Θυγατρικές του και τους υπο-διανομείς του να μην πουλάνε, προϊόντα εκτός της οριζόμενης Περιοχής”.

³⁴⁷ Πριν το 2011, η διανομή των προϊόντων GAMBRO γινόταν από την ίδια εταιρία χωρίς έγγραφη σύμβαση και σε μη αποκλειστική βάση.

Χώρα	Είδος σύμβασης (χαρακτηρισμός GAMBRO)	Ημερομηνία Σύμβασης και Διάρκεια	Όροι προς διερεύνηση
Μάλτα	Μη αποκλειστική διανομή	01.12.2012 έως 30.11.2015	<p>Σύμβαση πιλότος – μη αποκλειστική διανομή:</p> <p>“2.4 <i>Restriction of Sales Outside of the Territory.</i> <i>DISTRIBUTOR shall not sell and shall cause its Affiliates and Sub-distributors to not sell Products outside the assigned Territory.</i></p> <p>3.1 <i>Supply Terms</i></p> <p>(a) <i>Generally. During the Term of this Agreement and subject to the terms and conditions contained herein, DISTRIBUTOR shall purchase exclusively from Gambro, and Gambro shall, or shall cause its Affiliates to, manufacture for and supply to DISTRIBUTOR, the Product in accordance with the provisions of this Article 3.</i></p> <p>3.10 <i>Restriction on Re – Sale</i></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub – distributors to not sell, Products outside the assigned Territory”</i></p>
Κροατία	Αποκλειστική διανομή	11.01.2013 αντικαταστά θηκε με νέα σύμβαση διανομής της 12.01.2016 ³⁴⁸ η οποία την 01.05.2016 ανελήφθη από την Baxter AG	<p>Σύμβαση πιλότος της 11.01.2013:</p> <p>“2.4 <i>Restriction of Sales Outside of the Territory.</i> <i>DISTRIBUTOR shall not sell and shall cause its Affiliates and Sub-distributors to not sell Products outside the assigned Territory.</i></p> <p>3.1 <i>Supply Terms</i></p> <p>(a) <i>Generally. During the Term of this Agreement and subject to the terms and conditions contained herein, DISTRIBUTOR shall purchase exclusively from Gambro, and Gambro shall, or shall cause its Affiliates to, manufacture for and supply to DISTRIBUTOR, the Product in accordance with the provisions of this Article 3.</i></p> <p>3.10 <i>Restriction on Re – Sale</i></p> <p><i>DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub – distributors to not sell, Products outside the assigned Territory”</i></p>
Τσεχία	Μη αποκλειστική διανομή	17.11.2008 έως σήμερα (07.05.2018)	<p>“Section 1.5. <i>Restricted Territory.</i> <i>The Distributor shall not actively market, sell or distribute the Products outside the Territory, or to customers located outside the Territory.</i></p> <p>Section 1.6. <i>Parallel Imports.</i> <i>The Supplier shall not be liable to the Distributor for any parallel importation of the Products into the Territory, provided that the Supplier shall impose upon its other distributors obligations similar to those in Section 1.5 hereof.”</i></p>

³⁴⁸ Σημειώνεται ότι η από 12.1.2016 σύμβαση διανομής δεν έχει προσκομιστεί.

Χώρα	Είδος σύμβασης (χαρακτηρισμός GAMBRO)	Ημερομηνία Σύμβασης και Διάρκεια	Όροι προς διερεύνηση
	Αποκλειστική διανομή	01.08.2008 ³⁴⁹	<p>“Section 1.5. <u>Restricted Territory</u>. The Distributor shall not market, sell distribute or deliver the Products outside the Territory, or to customers located outside the Territory.</p> <p>Section 1.6. <u>Parallel Imports</u>. The Supplier shall not be liable to the Distributor for any parallel importation of the Products into the Territory, provided that the Supplier shall impose upon its other distributors obligations similar to those in Section 1.5 hereof.”</p>
Ουγγαρία	Μη αποκλειστική διανομή	31.09.2009 έως σήμερα (07.05.2018)	<p>“Section 1.5. <u>Restricted Territory</u>. The Distributor shall not actively market, sell or distribute the Products outside the Territory, or to customers located outside the Territory.</p> <p>Section 1.6. <u>Parallel Imports</u>. The Supplier shall not be liable to the Distributor for any parallel importation of the Products into the Territory, provided that the Supplier shall impose upon its other distributors obligations similar to those in Section 1.5 hereof.”</p>
Ρουμανία	Σύμβαση μη αποκλειστικής διανομής	01.01.2012 έως 31.03.2018	<p><u>Σύμβαση πιλότος – μη αποκλειστική διανομή:</u></p> <p>“2.4 <u>Restriction of Sales Outside of the Territory</u>. DISTRIBUTOR shall not sell and shall cause its Affiliates and Sub-distributors to not sell Products outside the assigned Territory.</p> <p>3.1 <u>Supply Terms</u> (a) Generally. During the Term of this Agreement and subject to the terms and conditions contained herein, DISTRIBUTOR shall purchase exclusively from Gambro, and Gambro shall, or shall cause its Affiliates to, manufacture for and supply to DISTRIBUTOR, the Product in accordance with the provisions of this Article 3.</p> <p>3.10 <u>Restriction on Re – Sale</u> DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub – distributors to not sell, Products outside the assigned Territory”</p>

³⁴⁹ Στην υπ' αριθ. πρωτ. 2919/08.05.2018 απαντητική επιστολή της η GAMBRO γράφει ότι «Η σύμβαση της Εταιρείας με την εταιρεία IMPAX Trading CZ s.r.o., στην Τσεχία, είναι ακόμη σε ισχύ. Επιπλέον από την σχετική έρευνα εντοπίσαμε και μία δεύτερη σύμβαση διανομής της Εταιρείας μας με την εταιρεία IMPAX, με ισχύ από την 01.08.2008».

Χώρα	Είδος σύμβασης (χαρακτηρισμός GAMBRO)	Ημερομηνία Σύμβασης και Διάρκεια	Όροι προς διερεύνηση
Σλοβακία ³⁵⁰	Αποκλειστικής διανομής	01.01.2008	<p>“Section 1.5. <i>Restricted Territory</i>. The Distributor shall not market, sell distribute or deliver the Products outside the Territory, or to customers located outside the Territory.</p> <p>Section 1.6. <i>Parallel Imports</i>. The Supplier shall not be liable to the Distributor for any parallel importation of the Products into the Territory, provided that the Supplier shall impose upon its other distributors obligations similar to those in Section 1.5 hereof.”</p>

233. Για τη διερεύνηση της φύσης του δικτύου της GAMBRO και προκειμένου να διαπιστωθεί αν είναι εφικτό να δραστηριοποιούνται ανεξάρτητες εταιρίες, χωρίς δηλαδή καμία συμβατική σχέση με τον κατασκευαστικό οίκο ή τον επίσημο διανομέα αυτού σε μία χώρα, στην επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και ειδικότερα των μηχανημάτων GAMBRO, η Υπηρεσία απηύθυνε προς τη GAMBRO το ακόλουθο ερώτημα³⁵¹: «Με βάση τις συμβατικές δεσμεύσεις των συμφωνιών συνεργασίας της επιχείρησής σας, ισχύουσες ή ήδη λυθείσες, με το δίκτυο των διανομέων των προϊόντων σας (μηχανήματα/ανταλλακτικά) και τους επισκευαστές/συντηρητές αυτών, σε χώρες μέλη της ΕΕ, επιτρέπεται (ή επιτρεπόταν): α) στον εξουσιοδοτημένο από εσάς διανομέα να διαθέσει τα Προϊόντα σε ανεξάρτητους εμπόρους εκτός δικτύου; Με βάση ποιες προϋποθέσεις; β) στον εξουσιοδοτημένο επισκευαστή να συνεργασθεί για την εκπλήρωση των συμβατικών του δεσμεύσεων με ανεξάρτητες επιχειρήσεις επισκευής εκτός δικτύου; Με βάση ποιες προϋποθέσεις;»

234. Στο εν λόγω ερώτημα η GAMBRO απήντησε³⁵² ότι «Κατά κανόνα η Εταιρεία μας διένεμε τα προϊόντα της και παρείχε υπηρεσίες επισκευής περισσότερες χώρες της δυτικής Ευρώπης, μέσω θυγατρικών εταιρειών. Σε ορισμένες χώρες της ανατολικής Ευρώπης (και σε μερικές της δυτικής) η Εταιρεία μας ανέθετε την διανομή των προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών επισκευής σε διανομείς. Στην τελευταία περίπτωση, οι εν λόγω διανομείς δύναντο να πωλούν προϊόντα σε τρίτα μέρη (υποδιανομείς), με τα οποία κατήριζαν συμβάσεις υποδιανομής καθώς και να αναθέτουν την παροχή υπηρεσιών επισκευής, σε υπεργολάβους, με την κατάρτιση συμβάσεων υπεργολαβίας. Αυτές οι συνεργασίες των διανομέων μας τελούσαν υπό την έγκριση της Εταιρείας, ως προς την καταλληλότητα στην διανομή των προϊόντων και την τεχνική ικανότητα στην επισκευή των προϊόντων μας, που οι εν λόγω υποδιανομείς ή/και υπεργολάβοι επεδείκνυαν. Η Εταιρεία μας δεν ανέθετε, ούτε επέτρεπε στους διανομείς της να αναθέτουν την παροχή τεχνικών υπηρεσιών, σε ανεξάρτητους τεχνικούς. Αυτό που ήταν επιτρεπτό, όπως και στην περίπτωση της ΣΕΡΚΟ, ήταν ότι οι διανομείς δύναντο να ορίζουν υπεργολάβους για την παροχή υπηρεσιών επισκευής, μετά από σχετική πρόταση προς την Εταιρεία μας και έγκριση από την τελευταία. Οι εν λόγω

³⁵⁰ Σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητική επιστολή της GAMBRO στην Σλοβακία «Η εταιρεία του ομίλου GAMBRO, GAMBRO SALES AB [και όχι η GAMBRO] συνήψε την 01.02.1993, σύμβαση αντιπροσωπείας, με την εταιρεία IMPAX Trading». Στην υπ' αριθ. πρωτ. 2919/08.05.2018 απαντητική επιστολή της η GAMBRO γράφει ότι «Επιπλέον από την σχετική έρευνα εντοπίσαμε και μια δεύτερη σύμβαση διανομής της Εταιρείας μας με την εταιρεία IMPAX, με ισχύ από την 01.08.2008» την οποία προσκόμισε.

³⁵¹ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2503/23.04.2018 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

³⁵² Υπ' αριθ. πρωτ. 2919/08.05.2018 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

υπεργολάβοι δεν ήταν σε θέση να παράσχουν τεχνικές υπηρεσίες, χωρίς προηγούμενη σχετική εκπαίδευση, όμοια με αυτή που ελάμβαναν οι υπάλληλοι της Εταιρείας μας και οι υπάλληλοι των διανομέων της Εταιρείας μας. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις ο διανομέας ήταν ο μόνος υπεύθυνος για την ποιότητα και το ορθό της παροχής των υπηρεσιών επισκευής, από τον υπεργολάβο του (βλ. έτσι χαρακτηριστικά τους όρους 3.2 και 10.1 της σύμβασης μεταξύ της Εταιρείας μας και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, καθώς επίσης και τον όρο 23 του Παραρτήματος 7 «ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ» της σύμβασης μεταξύ της Εταιρείας μας και της εταιρείας [...] στην Ρουμανία). Κατά τον τρόπο αυτό ο υπεργολάβος δεν είχε καμία συμβατική σχέση με την Εταιρεία μας αλλά μόνο με τον διανομέα της και η Εταιρεία μας δεν επέβλεπε τον υπεργολάβο, υποχρέωση και αυτή του εκάστοτε διανομέα, ούτε ο υπεργολάβος θεωρείτο ανεξάρτητος τρίτος για την Εταιρεία μας, καθώς αποτελούσε προέκταση του διανομέα της Εταιρείας μας, παρέχοντας τεχνικές υπηρεσίες στους πελάτες του διανομέα».

Το δίκτυο διανομής της Gambro στην Ελλάδα – Εμπορικές σχέσεις των μερών

235. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ³⁵³, συνέπεια των οχλήσεων της σχετικά με τις υπερτιμολογήσεις των ανταλλακτικών³⁵⁴, ήταν η αμφισβήτηση για πρώτη φορά από την πλευρά των καταγγελλόμενων, των συμβατικών σχέσεων τους με αυτή. Οι δύο καταγγελλόμενες ισχυρίστηκαν για πρώτη φορά, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, ότι αυτή είναι ένας απλός υπεργολάβος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ότι δεν υπήρξε ποτέ συμβατική σχέση της ΣΕΡΚΟ με τη GAMBRO.
236. Σύμφωνα με την από 07.10.2003 Σύμβαση Διανομής (εφεξής Σύμβαση) μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO όπως και τα ανταλλακτικά τους, διανέμονταν στην ελληνική αγορά, έως και το 2015, αποκλειστικά από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ^{355,356}. Πριν από τη σύναψη της Σύμβασης, άλλες εταιρίες του Ομίλου GAMBRO είχαν συνάψει παρόμοιες συμβάσεις διανομής με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με όμοιο περιεχόμενο³⁵⁷. Μέσα στα συμβατικά καθήκοντα της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ήταν η διατήρηση κατάλληλης υποδομής για την εγκατάσταση, θέση σε λειτουργία και γενικά παροχή των υπηρεσιών συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO. Παρασχέθηκε στην εταιρία η ευχέρεια να ορίζει υπεργολάβους για την παροχή της «τεχνικής εξυπηρέτησης» των πελατών, δηλαδή της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων, τα οποία αγόραζαν τα νοσοκομεία από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Ο εκ μέρους της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ορισμός υπεργολάβων προς εκτέλεση των υπηρεσιών συντήρησης κλπ. των μηχανημάτων, τελεί υπό τον όρο της συναίνεσης της GAMBRO, ώστε να ελέγχεται η επάρκειά τους να πραγματοποιούν τη συντήρηση αυτών των μηχανημάτων³⁵⁸.

³⁵³ Υπ' αριθ. πρωτ. 4968/2.8.2011 καταγγελία της ΣΕΡΚΟ.

³⁵⁴ Βλ. Ενότητα V.4 της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018.

³⁵⁵ Βλ. όρους 1.7, 2 και 11.2 της Σύμβασης, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ της με αριθ. πρωτ. 2962/9.5.2018 Εισήγησης. Επίσης στον όρο 6 της προϊσχύουσας σύμβασης διανομής του έτους 1990 και στους όρους 2.1 και 2.3 της παλαιότερης σύμβασης του 1987 (υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ).

³⁵⁶ Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την υπ' αριθ. 5667/2013 Απόφαση του ΠΠρΑθ, αποκλειστικός αντιπρόσωπος για τη διανομή των ανταλλακτικών των μηχανημάτων GAMBRO ήταν μέχρι και το 2010 η ΣΕΡΚΟ, αφού αυτή εισήγαγε απευθείας τα εν λόγω προϊόντα και στη συνέχεια τα πωλούσε στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ αλλά και στους πελάτες/νοσοκομεία.

³⁵⁷ Βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018.

³⁵⁸ Βλ. όρο 10.1 «Τεχνικές Υπηρεσίες» της Σύμβασης, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018.

Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είχε συστήσει – όπως τις χαρακτηρίζει η ίδια - «συμβάσεις υπεργολαβίας»³⁵⁹, ήδη με τις προηγούμενες συμβάσεις διανομής που είχε συνάψει με άλλες εταιρίες του Ομίλου GAMBRO, με τη ΣΕΡΚΟ για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO στη Νότιο Ελλάδα και με την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ για το αντίστοιχο έργο στη Βόρειο Ελλάδα³⁶⁰. Η συνεργασία με τους εν λόγω υπεργολάβους, όπως τους χαρακτηρίζει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, συνεχίστηκε και μετά την υπογραφή της Σύμβασης με τη GAMBRO³⁶¹. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είχε συνάψει συνολικά τρία Ιδιωτικά Συμφωνητικά με τη ΣΕΡΚΟ για την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στις 10 του Νοέμβρη 1977, 25 του Απρίλη 1986 και στις 4 Ιανουαρίου 1999³⁶². Για λόγους πληρότητας επαναλαμβάνεται ότι «συμβάσεις υπεργολαβίας» είναι ο χαρακτηρισμός που αποδίδει η ίδια η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στις επίμαχες συμβάσεις, χωρίς ωστόσο αυτό να σημαίνει ότι ο ίδιος χαρακτηρισμός υιοθετείται και από την ΕΑ. Διευκρινίζεται ότι αναφορικά με τις επίμαχες συμβάσεις, από την ΕΑ υιοθετούνται οι χαρακτηρισμοί που έχουν ήδη αποδώσει σε αυτές τις συμβάσεις τα εθνικά δικαστήρια, κατά τη διάρκεια της αντιδικίας των εμπλεκόμενων στην εξεταζόμενη υπόθεση επιχειρήσεων.

237. Μέχρι το 1986 η διακίνηση των ανταλλακτικών γινόταν από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η οποία αγόραζε τα ανταλλακτικά από τη θυγατρική της GAMBRO, με την οποία συνεργαζόταν, και τα διέθετε με ή χωρίς αντάλλαγμα στη ΣΕΡΚΟ και την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, ή και απευθείας προς τους αγοραστές των συστημάτων τεχνητού νεφρού που προμήθευε³⁶³. Από τον Απρίλιο του 1986, δυνάμει του από 25.04.1986 Ιδιωτικού Συμφωνητικού μεταξύ ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΣΕΡΚΟ, συμφωνήθηκε η εισαγωγή των ανταλλακτικών να γίνεται πλέον από τη ΣΕΡΚΟ³⁶⁴. Κατά τις επιχειρηματικές εκτιμήσεις της εποχής κρίθηκε ότι αυτό υπηρετούσε την ορθολογικότερη οργάνωση της δραστηριότητας, διότι η ΣΕΡΚΟ είχε αμεσότερη αντίληψη των απαιτούμενων ανταλλακτικών, αφού παρείχε υπηρεσίες επί τόπου στα

³⁵⁹ «Συμβάσεις υπεργολαβίας» είναι ο χαρακτηρισμός που αποδίδει η ίδια η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στις επίμαχες συμβάσεις, χωρίς ωστόσο αυτό να σημαίνει ότι ο ίδιος χαρακτηρισμός υιοθετείται και από την ΕΑ. Διευκρινίζεται ότι αναφορικά με τις επίμαχες συμβάσεις, από την ΕΑ υιοθετούνται οι χαρακτηρισμοί που έχουν ήδη αποδώσει σε αυτές τις συμβάσεις τα εθνικά δικαστήρια, κατά τη διάρκεια της αντιδικίας των εμπλεκόμενων στην εξεταζόμενη υπόθεση επιχειρήσεων.

³⁶⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 3859/07.07.2017 Υπόμνημα της GAMBRO.

³⁶¹ Με τον όρο 3 της Σύμβασης παρασχέθηκε στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ το δικαίωμα να διορίζει υπο-διανομείς, ή πωλητές ως υπεργολάβους της για την προώθηση των προϊόντων ή των ανταλλακτικών αυτών στην ελληνική αγορά, ύστερα από προηγούμενη συναίνεση της GAMBRO (βλ. όρο 3.1 της Σύμβασης, – ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ). Σε κάθε περίπτωση, συμφωνήθηκε ότι μόνη υπεύθυνη για το διορισμό τέτοιων υπεργολάβων θα ήταν η ίδια η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, που θα τους είχε διορίσει, και ότι καμία υποχρέωση ή ευθύνη δεν θα είχε η GAMBRO έναντι οποιουδήποτε τέτοιου υπεργολάβου διορισμένου από την Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ (βλ. όρο 3.2 της Σύμβασης Διανομής – ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018).

Η αναφορά των δύο αυτών υπεργολάβων περιλήφθηκε στο όρο 10.1 της Σύμβασης.

³⁶² Αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α - ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΦΩΝΙΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ της Εισήγησης με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018.

³⁶³ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Προσκόμισε τιμολόγιο για την πώληση ανταλλακτικών της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προς την ΣΕΡΚΟ με ημερομηνία 25/04/1986 (σχετ.30).

³⁶⁴ Με το εν λόγω συμφωνητικό, σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ρυθμίστηκαν επίσης οι σχετικές εκατέρωθεν υποχρεώσεις, σε συμπλήρωση της παλαιότερης σύμβασης έργου του 1977, χωρίς να μεταβάλλεται τίποτα στη σχέση μεταξύ ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και GAMBRO ή στη σχέση ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ – ΣΕΡΚΟ, δηλαδή η ιδιότητά της τελευταίας ως εργολάβου και όχι «διανομέως ανταλλακτικών» ή/ και «πηρεσιών» Gambro. Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

μηχανήματα. Η παράδοση στη ΣΕΡΚΟ χωρίς τη μεσολάβηση της αποθήκης της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ θα επιτάχυνε τους χρόνους ανταπόκρισης στις ειδοποιήσεις για βλάβες, θα ελάφρυνε το διαχειριστικό φόρτο και κόστος, και θα εξοικονομούσε την ταμειακή επιβάρυνση από το νεοεισαχθέντα τότε ΦΠΑ. Η ΣΕΡΚΟ ήταν καταλληλότερη από την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ για να αναλάβει τη διακίνηση των ανταλλακτικών, διότι είχε αναπτυχθεί περισσότερο.

238. Σύμφωνα με τη GAMBRO, η εν λόγω εκτέλεση των παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ, γινόταν κατόπιν σχετικών οδηγιών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και για όσο καιρό θα διαρκούσε η σχέση υπεργολαβίας συντήρησης που συνέδεε την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με την ΣΕΡΚΟ³⁶⁵. Δεν έγινε ποτέ, όπως υπογραμμίζει η GAMBRO, ως ξεχωριστή διμερής σχέση με την ΣΕΡΚΟ (υπεργολάβο) διότι δεν ήταν ποτέ αυτή η βούληση των μερών. Η ΣΕΡΚΟ κρατούσε για τις ανάγκες της, όσα ανταλλακτικά GAMBRO της χρειάζονταν και τα υπόλοιπα τα παρέδιδε στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ για τις ανάγκες συντήρησης των μηχανημάτων που αυτή έκανε στη Βόρεια Ελλάδα, χωρίς κέρδος. Σύμφωνα με τη GAMBRO, καμία απολύτως σύμβαση ή άλλη συμφωνία δεν έχει υπογράψει η εταιρία ποτέ με τη ΣΕΡΚΟ. Σε σχετικό ερώτημα που απηύθυνε η Υπηρεσία στη ΣΕΡΚΟ σχετικά με τις συμβατικές σχέσεις της με τη GAMBRO, αυτή απήντησε ότι δεν διαθέτει (γραπτή) σύμβαση με τον οίκο GAMBRO και παρέπεμψε την Υπηρεσία στα κατατεθειμένα στοιχεία³⁶⁶ που αποδεικνύουν τη μακροχρόνια συμβατική της σχέση, ήτοι την απευθείας και αδιαμεσολάβητη εμπορική της συνεργασία με τον οίκο GAMBRO, τόσο όσον αφορά τη διανομή ανταλλακτικών, όσο και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής.
239. Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε επίσης βεβαιώσεις από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο (εφεξής ΕΒΕΑ), για τα έτη 1997 έως και 2010³⁶⁷ με τις οποίες πιστοποιείται ότι η ΣΕΡΚΟ είναι αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για την επισκευή και

³⁶⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 3859/07.07.2017 Υπόμνημα της GAMBRO.

³⁶⁶ Η ΣΕΡΚΟ αντί εγγράφου συμβάσεως με τον οίκο GAMBRO που δεν διαθέτει (υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική της επιστολή) παραπέμπει στα ενδεικτικά τιμολόγια αγοράς ανταλλακτικών από την GAMBRO, εκδιδόμενα στο όνομα της, που έχει προσκομίσει (σχετικό 73 του 1917/2.3.2012) καθώς και στα σχετικά 95-105 του 6051/23.7.2012 συμπληρωματικού υπομνήματός της: **Σχετ. 95:** Από 30.3.2011 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του [...] της GAMBRO, με τον νέο τιμοκατάλογο ανταλλακτικών για την περίοδο 1-4-2011 μέχρι 31-3-2012, **Σχετ. 96:** Καρτέλες αγοράς ανταλλακτικών της ΣΕΡΚΟ από τη GAMBRO 1995 – 2011, **Σχετ. 97:** Πιστοποιητικά Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Αθηνών περιόδου 1994 - 2006 με συνημμένες βεβαιώσεις της GAMBRO, σύμφωνα με τις οποίες η ΣΕΡΚΟ είναι αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για τη συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων της, **Σχετ. 98-101:** Ανοιχτές βεβαιώσεις της GAMBRO ότι η ΣΕΡΚΟ είναι η αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για τη συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO – (2007 – 2010), **Σχετ. 102:** Ισοζύγια της GAMBRO με συναλλαγές της ΣΕΡΚΟ, **Σχετ. 103:** Αλληλογραφία μεταξύ GAMBRO – ΣΕΡΚΟ, **Σχετ. 104:** Εκθέσεις ελέγχου Ορκωτού Λογιστή των χρήσεων 2006 - 2010 και του χρονικού διαστήματος 1-1-2011 έως 30-6-2011. **Σχετ. 105:** Από 05.12.2011 εξώδικη δήλωση της ΣΕΡΚΟ με την οποία κοινοποιείται στον εταίρο [...], εταίρο της ΣΕΡΚΟ, το πόρισμα της ανωτέρω Έκθεσης ελέγχου Ορκωτού Λογιστή.

Με το υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε επιπλέον βεβαιώσεις της GAMBRO από το 1986 έως το 2010, σύμφωνα με τις οποίες η ΣΕΡΚΟ ήταν αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για την συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και ο αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών (Σχετ. 9) και ανακεφαλαιωτικούς πίνακες ενδοκοινοτικών αποκτίσεων από το 1996 μέχρι και το 2011 (Σχετ. 10) στους οποίους απεικονίζονται οι εισαγωγές ανταλλακτικών που έκανε η ΣΕΡΚΟ από την GAMBRO ανά τρίμηνο, στο οποίο φαίνεται το ΑΦΜ της Gambro Lundia AB, αποδεικνύοντας την επί ετών απευθείας συνεργασία της με το ίδιο νομικό πρόσωπο Gambro Lundia AB.

³⁶⁷ Ως συνημμένα έγγραφα στο υπ' αρ. πρωτ. 6051/23.7.2012 Υπόμνημά της. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε επιπλέον βεβαιώσεις της GAMBRO από το 1986 έως το 2010, σύμφωνα με τις οποίες η ΣΕΡΚΟ ήταν αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για την συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και ο αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών (Σχετ. 9).

 συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO στην Ελλάδα³⁶⁸. Σχετικά η GAMBRO δήλωσε ότι ο ισχυρισμός της ΣΕΡΚΟ ότι η GAMBRO υπέβαλε στο ΕΒΕΑ τις εν λόγω βεβαιώσεις, είναι αναληθής. Η καταγγελλόμενη ισχυρίζεται ότι αυτή ποτέ δεν υπέβαλε οποιοδήποτε έγγραφο στο ΕΒΕΑ και ότι προφανώς τα πιστοποιητικά τα έχει υποβάλλει η ίδια η ΣΕΡΚΟ. Οι μόνες βεβαιώσεις που χορηγήθηκαν προς την καταγγέλλουσα είναι αυτές που δήλωναν την επάρκειά της να προβαίνει σε συντήρηση των μηχανημάτων GAMBRO. Ερωτώμενη σχετικά, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απήντησε ότι η GAMBRO ούτε είχε υποβάλει, ούτε θα μπορούσε να έχει υποβάλει, οτιδήποτε προς το ΕΒΕΑ, διότι δεν είναι μέλος του, ούτε υπόκειται στις αρμοδιότητές του. Πρόσθεσε δε ότι ήδη από το 2006 εξηγείται από το ίδιο το ΕΒΕΑ³⁶⁹ ότι αυτό δεν βεβαιώνει κάτι που γνωρίζει, παρά μόνο τι δήλωσε προς το τμήμα μητρώου το μέλος του³⁷⁰. Η GAMBRO υπογράμμισε στην απάντησή της ότι είναι «σημαντικό να τονιστεί ότι η νομολογία δέχεται ότι τέτοιες βεβαιώσεις από ένα προμηθευτή δεν είναι, από μόνες τους, ικανές να εγκαθιδρύσουν έννομη σχέση μεταξύ του βεβαιούντος και του λήπτη της βεβαίωσης, αλλά είναι απλώς βεβαιώσεις ορισμένου σκοπού (βλ. *ad hoc* ΑΠ 14/2011, ΝΟΜΟΣ). Στην υπόθεση εκείνη, η εκεί ενάγουσα είχε ισχυρισθεί ότι με βάση παρόμοιες βεβαιώσεις που της είχε χορηγήσει η παραγωγός ιατρικών μηχανημάτων αλλοδαπή εταιρία είχε καταστεί αυτή, διανομέας των προϊόντων αυτών, παρ' όλο ότι υπήρχε ήδη άλλος, συμβατικά διορισμένος, αποκλειστικός διανομέας για τα ίδια προϊόντα. Όπως αναφέρει η ως άνω απόφαση του ΑΠ, το εφετείο είχε ανέλεγκτα κρίνει ότι: «... οι παραπάνω επιστολές (βεβαιώσεις) ... των εναγομένων χορηγήθηκαν στην ενάγουσα μετά από απαίτηση της ενάγουσας και με αποκλειστικό σκοπό να μπορεί αυτή να συμμετάσχει σε δημόσιους διαγωνισμούς προμήθειας νοσοκομειακών υλικών, σε γνώση δηλαδή των εναγομένων ότι το περιεχόμενο αυτών δεν ανταποκρινόταν στην πραγματικότητα (στην πρόθεση δηλ. διορισμού πρόσθετου διανομέα)... όλα τα παραπάνω δικαιολογούν την κρίση ότι δεν συνέδεε την ενάγουσα με τις εναγόμενες, σύμβαση αποκλειστικής διανομής...»». Αντίστοιχη παρατήρηση έκανε και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέροντας ότι σύμφωνα με τη νομολογία οι «δηλώσεις» και «βεβαιώσεις» από το ΕΒΕΑ στερούνται συμβατικών συνεπειών και δεν προσνέμουν κάποιο δικαίωμα στον ίδιο τον δηλούντα.

240. Σχετικά, σε έγγραφο που βρέθηκε στα ηλεκτρονικά αρχεία³⁷¹, κατά τον έλεγχο στα γραφεία της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αναφέρονται τα ακόλουθα:

«Ο διαχειριστής [...] ζήτησε με σκοπό να αποφεύγονται οι άσκοποι διαγωνισμοί συντήρησης, αν ήταν δυνατόν η Gambro, να τον εφοδιάζει με μια βεβαίωση που θα κατέθετε στο ΕΒΕΑ για να παίρνει αποκλειστικότητα και να μην επαναλαμβάνονται άσκοποι άγονοι διαγωνισμοί. Αυτό το πετύχαμε σε συνεννόηση μεταξύ φίλων και ουδεμιά συζήτηση έγινε για αποκλειστική ανάθεση του service στην Ελλάδα μεταξύ Serco και Gambro. Ορθώς οι σχέσεις Serco – Gambro ήταν πολύ καλές σε τεχνική συνεργασία μέσω της Medical Products ή για θέματα ρουτίνας απευθείας. Συζητήσεις, προ του 2005, γίνοντο μεταξύ [...] και [...] για το μέλλον της Serco.»

Τώρα ποια είναι η αλήθεια;

Ο [...] θεωρεί ότι με τη βεβαίωση αυτή μπορεί να έχει την αποκλειστικότητα του service της Gambro στην Ελλάδα. Την αποκλειστικότητα του service στην Νότια Ελλάδα την

³⁶⁸ Ενδεικτικά το λεκτικό του από 2006 Πιστοποιητικού του ΕΒΕΑ αναφέρει «Στο από 11/12/2005 fax του οίκου GAMBRO ΣΟΥΗΔΙΑΣ αναφέρεται ότι η ανωτέρω Επιχείρηση είναι αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και ο μοναδικός διανομέας των ανταλλακτικών των προϊόντων έως 31/12/2006 του οίκου αυτού στην Ελλάδα».

³⁶⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015. Απόσπασμα Πρακτικού 26/29.06.2006 ΕΒΕΑ (συνημμένο 34).

³⁷⁰ Σύμφωνα με το άρθρο 2 Ν. 2081/1992.

³⁷¹ Αρχείο MEMO ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ που βρέθηκε κατά τη διάρκεια του επιτόπιου ελέγχου ως συνημμένο σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της 1^{ης} Ιουλίου 2010, με τίτλο «Ιστορικό SERCO», της [...].

είχε και την έχει από την Medical Products. Η Gambro δεν γνωρίζει τίποτα γι' αυτές τις βεβαιώσεις.

Ο [...] έκανε το τραγικό λάθος να δεχθεί τον [...] για συζήτηση δυο φορές. Αν κάτι στραβώσει, εκείνος ευθύνεται. Στην Βόρεια Ελλάδα το service το έχει η εταιρεία Τεχνοϊατρική Κ. Δουλγκέρης & Σία Ο.Ε. Αν το service της Gambro για την Ελλάδα το είχε αποκλειστικά η Serco, με ποιά ιδιότητα η εταιρεία Τεχνοϊατρική Κ. Δουλγκέρης & Σία Ο.Ε. έχει συμβάσεις με όλα τα νοσοκομεία και κλινικές της Βορείου Ελλάδας;

Τέλος, η Serco δεν έχει δικαίωμα να αρνηθεί το εντός εγγύησης service διότι είναι παράβαση της σύμβασης.»

241. Η λύση της συνεργασίας μεταξύ ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ πραγματοποιήθηκε το 2010. Η καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ με την από 24 Ιουνίου 2010 εξώδικη διαμαρτυρία της προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, μεταξύ άλλων καταγγέλλει για σπουδαίο λόγο και με αποκλειστική υπαιτιότητα της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ τη μεταξύ τους σύμβαση παροχής τεχνικών υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων GAMBRO για την περίοδο εγγύησης των μηχανημάτων, με άμεση ισχύ. Ερωτηθείσα για τους λόγους της καταγγελίας της εν λόγω συμβατικής σχέσης, η ΣΕΡΚΟ απάντησε πως ο «λόγος ήταν ότι η Ιατρικά Προϊόντα μεθόδευσε και αμφισβήτησε εμπράκτως τις επί τριάντα ολόκληρα χρόνια, απολύτως διακριτές, γνωστές, αδιαμφισβήτητες και ομολογημένες από όλους, αλλά και υλοποιούμενες στο φως των καθημερινών εμπορικών μας συναλλαγών, σχέσεις της εταιρείας μας τόσο με την Gambro όσο και με την ίδια»³⁷².
242. Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, κατά το χρόνο της καταγγελίας από τη ΣΕΡΚΟ της μεταξύ τους σύμβασης έργου, η τελευταία διέκοψε αιφνίδια την προμήθεια ανταλλακτικών στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, παραβιάζοντας, σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ τις υποχρεώσεις της σε σχέση με τη διακίνηση ανταλλακτικών. Η ΣΕΡΚΟ έθεσε ως προϋπόθεση για την παράδοση των ανταλλακτικών, την υπογραφή από την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ υπεύθυνης δήλωσης με την οποία να αναγνωρίζει ότι η ΣΕΡΚΟ, και όχι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, είναι αποκλειστική διανομέας ανταλλακτικών του οίκου GAMBRO στην Ελλάδα³⁷³.
243. Την ίδια περίοδο, σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³⁷⁴, η ΣΕΡΚΟ αρνήθηκε σειρά προφορικών αιτημάτων της να της παραδώσει αντίγραφα των τεχνικών φακέλων των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που εξυπηρετούσε (τοποθεσία, υπεύθυνοι νοσοκομείων, ημερολόγια συντήρησης και λοιπά έγγραφα) και με τον τρόπο αυτό κατέστησε αδύνατη τη συμμόρφωση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη νομοθεσία περί υλικοεπαγρύπνισης. Με τον τρόπο αυτό καθίστατο υποχρεωτική η προμήθεια της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά, η

³⁷² Στη σελίδα 72 του με αρ. 551/25.09.2018 υπομνήματός της, η εταιρία ΣΕΡΚΟ, αναφέρει επί λέξει τα εξής: «Η εταιρεία μας κατόπιν τούτων αρνήθηκε ευλόγως την εκτέλεση της παραγγελίας της Δουλγκέρης, λέγοντας της αυτονόητα (σύμφωνα με τη βούληση της Gambro!) ότι εφόσον ορίστηκε κι αυτή πλέον διανομέας ανταλλακτικών της Gambro για τη Βόρεια Ελλάδα, μπορούσε κάλλιστα να αποστείλει την παραγγελία της στη Gambro.

Με αφορμή τις φτηνές ως άνω αιτιάσεις των 2 πρώτων καταγγελλομένων σε βάρος μας, την εποχή που υλοποιούνταν ο εκπομπικός μας κατά τις απειλές των στελεχών της Gambro, διερωτώμαστε:

Εάν η 1η καταγγελλόμενη δεν είχε δήθεν καμία συμβατική σχέση μαζί μας, γιατί, ακόμα και την εποχή που μας πετσόκοβε την αποκλειστικότητα στην Ν. Ελλάδα (2/2010), εξακολούθησε να την επιβεβαιώνει (έστω πετσοκομμένη);;

Κι αφού μας πετσόκοψε την αποκλειστικότητα στη Ν. Ελλάδα, ορίζοντας ξαφνικά το 2010 την εταιρεία Δουλγκέρης αποκλειστική διανομέα Β. Ελλάδας, γιατί μας εγκαλεί για μη διανομή ανταλλακτικών προς την «αποκλειστική» αυτήν;».

³⁷³ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

³⁷⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

πρόσβαση της στα πληροφοριακά συστήματα της GAMBRO, αλλά και η παροχή προς αυτήν προσωρινής πιστοποίησης τεχνικής ικανότητας για την παροχή υπηρεσιών, για περίπου ένα χρόνο, αφού αφενός ήταν πρακτικά και τεχνικά αδύνατη η αντικατάστασή της άμεσα και στιγμιαία, αφετέρου, σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ούτε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ούτε η GAMBRO διανοούνταν να προτάξουν οποιοδήποτε εμπορικό συμφέρον ή ιδιωτική αντιδικία της προστασίας της δημόσιας υγείας και της εμπορικής φήμης και αξιοπιστίας του οίκου GAMBRO στην Ελλάδα.

244. Εν συνεχεία, με το από 11 Αυγούστου 2010 εξώδικό της, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αναφερόμενη στην καταγγελία της μεταξύ τους σύμβασης από τη ΣΕΡΚΟ και επικαλούμενη α) την παράβαση από τη ΣΕΡΚΟ της υποχρέωσής της να παρέχει τεχνικές υπηρεσίες που υποχρεούται και πληρώνεται για να παρέχει, β) την ανάκληση των προσφορών τεχνικής υποστήριξης μηχανημάτων που κοινοποίησε η ΣΕΡΚΟ σε διάφορα νοσοκομεία, γ) τις ψευδείς δηλώσεις και διαδόσεις περί δήθεν ιδιότητάς της ΣΕΡΚΟ ως διανομέα προϊόντων GAMBRO, δ) τις υβριστικές και δυσφημιστικές δηλώσεις της ΣΕΡΚΟ στο από 22 Ιουνίου 2010 εξώδικό της, ε) τον παραπλανητικό τρόπο με τον οποίο απέσπασε από την GAMBRO τις πιστοποιήσεις με τις οποίες τώρα προσπαθούσε να διεκδικήσει ανύπαρκτα δικαιώματα και στ) τη διακινδύνευση στην ελληνική αγορά του ονόματος και του σήματος GAMBRO λόγω της υβριστικής συμπεριφοράς της ΣΕΡΚΟ, κατήγγειλε και η ίδια την από 4 Ιανουαρίου 1999 σύμβασή της με τη ΣΕΡΚΟ.

245. Με τη λύση της σύμβασης υπεργολαβίας μεταξύ ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, το 2010, τα ανταλλακτικά για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού εισάγονταν και διανέμονταν πλέον στην Ελλάδα από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³⁷⁵. Για την επισκευή και συντήρηση των εντός εγγύησης καλής λειτουργίας μηχανημάτων, η ΣΕΡΚΟ πλέον έστελνε ενημερωτικές επιστολές – προσφορές προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με τις οποίες την ενημέρωνε για το κόστος επισκευής κάθε μηχανήματος εντός εγγύησης που παρουσίαζε βλάβη³⁷⁶. Μετά την τροποποίηση του καταστατικού της, τον Δεκέμβριο του 2010, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ανέλαβε η ίδια, παράλληλα με τον έτερο υπεργολάβο της ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής, στα πλαίσια της από 7-10.10.2003 σύμβασης.

246. Η ΣΕΡΚΟ, όπως έχει αναφερθεί, συνέχισε να δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων του οίκου GAMBRO και μετά την καταγγελία της σύμβασης που είχε συνάψει με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Η ίδια αναφέρει ότι για τις καταγγελλόμενες κάθε μη εξουσιοδοτημένος-συμβεβλημένος πάροχος (ακόμα και ικανός) δεν έχει το δικαίωμα να δραστηριοποιείται στην εν λόγω αγορά, διότι η ιδιότητα του εξουσιοδοτημένου - συμβεβλημένου είναι, σύμφωνα με τις ίδιες, απαραίτητη για την πρόσβαση στις βασικές εισροές (ανταλλακτικά, τεχνικές

³⁷⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. 4733/30.06.2016 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³⁷⁶ Με το σχετικό 15 της υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητικής επιστολής της ΣΕΡΚΟ, η εταιρία προσκομίζει σειρά επιστολών της προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με τις οποίες την ενημερώνει για τηλεφωνήματα που έχει δεχτεί από νοσοκομεία για την επισκευή βλαβών για μηχανήματα που βρίσκονται εντός εγγύησης καλής λειτουργίας καθώς και για το κόστος της σχετικής επισκευής, το οποίο σύμφωνα με τις επισυναπτόμενες επιστολές κυμαίνεται από [...]€ έως [...]€ ευρώ την πρώτη ημέρα και από [...]€ έως [...]€ ανά κάθε επόμενη ημέρα.

Στην υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική της επιστολή η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει ότι η ΣΕΡΚΟ «έπαυσε να ανταποκρίνεται στις κλήσεις των νοσοκομείων (για τις οποίες είχε πληρωθεί από την ΙΙΙ) για την παροχή επείγουσών και κρίσιμων υπηρεσιών, και αντ' αυτού απηύθυνε προς την ΙΙΙ «ενημερωτικές επιστολές» (ενδεικτικά Συν/νο 37 έως Συν/νο 37.4), με τις οποίες «ενημέρωνε» ότι τα νοσοκομεία απαιτούσαν τις υπηρεσίες που είχε αναλάβει έναντι της ΙΙΙ να παράσχει, και «γνωστοποιούσε» την «αμοιβή» που αζίζωνε (για υπηρεσίες, για τις οποίες είχε ήδη πληρωθεί...) για να ανταποκριθεί.».

πληροφορίες και εκπαίδευση), οι οποίες (βασικές εισροές) είναι με τη σειρά τους αναγκαίες για την συμμετοχή στους δημόσιους διαγωνισμούς που διενεργούν τα νοσοκομεία.

247. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κατά τη συμμετοχή της σε δημόσιους διαγωνισμούς για την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, κατέθετε και δήλωση της GAMBRO με την οποία αυτή βεβαίωσε μεταξύ άλλων³⁷⁷:

1) ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι ο αποκλειστικός της διανομέας για όλα τα υπό το σήμα GAMBRO και Hospal μηχανήματα αιμοκάθαρσης και τα ανταλλακτικά για την περιοχή της Ελλάδας και αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος πάροχος τεχνικών υπηρεσιών (εγκατάσταση, εκκίνηση, συντήρηση, επισκευή και αναβάθμιση, με και χωρίς ανταλλακτικά) για τέτοιου είδους προϊόντα που φέρουν το σήμα GAMBRO και Hospal.

2) ως αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος πάροχος έχει διαρκή και σε πραγματικό χρόνο πρόσβαση στη βάση δεδομένων και στο λογισμικό ιδιοκτησίας της GAMBRO³⁷⁸, τα οποία διασφαλίζονται με μοναδικούς κωδικούς πρόσβασης και διαθέσιμους μόνο στους εξουσιοδοτημένους διανομείς, καθώς επίσης και πρόσβαση και δικαίωμα χρήσης των ιδιόκτητων διανοητικών και βιομηχανικών δικαιωμάτων, της τεχνογνωσίας, της διαδικασίας εκπαίδευσης και πιστοποίησης τεχνικής επάρκειας.

3) Η παροχή τεχνικών υπηρεσιών στον εξοπλισμό απαιτεί πρόσβαση στη βάση δεδομένων και στο λογισμικό ιδιοκτησίας της GAMBRO και είναι αδύνατη χωρίς τέτοιου είδους πρόσβαση.

4) Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι εξουσιοδοτημένη να διορίζει υπεργολάβους για την παροχή τέτοιου είδους τεχνικών, και τέτοιοι κατάλληλα διορισμένοι και εγκεκριμένοι υπεργολάβοι επίσης αποκτούν πρόσβαση στη βάση δεδομένων και στο λογισμικό ιδιοκτησίας της GAMBRO.

248. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει σχετικά ότι *«Παρά την αναγνώριση και ομολογία της Σέρκο προς όλους τους φορείς και αναθέτουσες αρχές ότι αυτή δεν δύναται να παράσχει τεχνικές υπηρεσίες σε μηχανήματα Gambro από το χρόνο διακοπής των προς αυτή διαρκών παροχών που με εντολή της ΙΙΙ της παρέιχε στο παρελθόν η Gambro (εκπαίδευση, πιστοποίηση τεχνικών ικανοτήτων, πρόσβαση σε πληροφοριακά συστήματα και δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας), η Σέρκο εξακολούθησε και εξακολουθεί μέχρι σήμερα να παρέχει τέτοιες υπηρεσίες, καταχρώμενη την αποδιοργάνωση των διαδικασιών προμηθειών υγείας και ιδίως την κατά κόρον προκήρυξη πρόχειρων διαγωνισμών (που δε θα έπρεπε να προκηρύσσονται παντάπασι, λόγω τεχνικής μοναδικότητας, ...) επί κινδύνω της δημόσιας υγείας, αλλά με τον τρόπο αυτόν παραβιάζοντας και ξένα ενοχικά δικαιώματα (της ΙΙΙ, ως αποκλειστικής διανομέως) και έννομα συμφέροντα (της ΙΙΙ και της Gambro, για τη διατήρηση της εμπιστοσύνης στα προϊόντα με το σήμα αυτό).*

249. Για τους λόγους αυτούς, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ απηύθυνε τόσο επιστολές προς όλες τις αναθέτουσες αρχές³⁷⁹ όσο και αναφορά προς την Επιτροπή Προμηθειών Υγείας, το Σώμα Επιθεωρητών Υγείας και Πρόνοιας, τον ΕΟΦ και το Εθνικό Κέντρο Αξιολόγησης Ποιότητας και Τεχνολογίας Υγείας, με τις οποίες τους ενημέρωνε για τα

³⁷⁷ Με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε σχετικά την από 4 Νοεμβρίου 2014 δήλωση της Gambro, η οποία ίσχυε από 01/01/2014 έως 31/12/2015.

³⁷⁸ Που ονομάζονται Υπηρεσίες Πεδίου Gambro («GFS») και Πόροι για την Υποστήριξη Συστημάτων των Προϊόντων Gambro («SSRGP»).

³⁷⁹ Με την υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική της επιστολή η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προσκόμισε ενδεικτικά τις επιστολές προς το Νοσοκομείο Γεννηματάς με ημερομηνία 19.01.2015,(Συν/νο 13.1), Πίνακας Πρωτοκόλλων (Συν/νο 13.3), και βεβαιώσεις κατασκευαστή (Συν/νο 13.2).

εν λόγω ζητήματα. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αναφέρει μεταξύ άλλων ότι «ως προς τις υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων Τεχνητού νεφρού Gambro, η εταιρεία μας έχει «τεχνική μοναδικότητα», κατά την έννοια του άρθρου 25 παρ.1 β) του π.δ 60/07 (ΦΕΚ Α'64) ... αφού η παροχή των παραπάνω υπηρεσιών στην Ελλάδα για λόγους τόσο τεχνικούς όσο και προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας είναι δυνατή μόνο από την εταιρεία μας και δεν υφίστανται ανταγωνιστικοί πάροχοι»³⁸⁰. Το γεγονός πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την διαδικασία ανάθεσης από τις Αναθέτουσες Αρχές των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων Τεχνητού νεφρού GAMBRO με διαπραγματεύση, αφού τεκμηριώνεται πλήρως ότι στην οικεία αγορά μοναδικός πάροχος είναι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και συνεπώς η διενέργεια διαγωνισμών παρίσταται ατελέσφορη. Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, το γεγονός πρέπει επίσης να λαμβάνεται υπόψη σε περίπτωση, που, για οποιονδήποτε λόγο, αποφασίζει η Αναθέτουσα Αρχή τη διενέργεια διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων Τεχνητού νεφρού Gambro, για την διαμόρφωση των ανάλογων όρων κατά τη σύνταξη των διακηρύξεων και ιδίως των τεχνικών τους προδιαγραφών³⁸¹. Όπως αναφέρουν οι καταγγελλόμενες, μετά την εξαγορά της GAMBRO από την BAXTER, αποφασίστηκε η καθετοποίηση του συστήματος παραγωγής και διάθεσης των ιατρικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης στην ελληνική αγορά, προκειμένου ο έλεγχος και η ευθύνη ως προς το σύνολο των δραστηριοτήτων αυτών, έως και το στάδιο λιανικής πώλησης, να ανήκει σε θυγατρικές εταιρίες του Ομίλου BAXTER και όχι σε τρίτα πρόσωπα (διανομείς). Στο πλαίσιο αυτό, την απευθείας πώληση στην ελληνική αγορά των προϊόντων GAMBRO, συμπεριλαμβανομένων των μηχανημάτων, ανταλλακτικών και τις παροχές σχετικών

³⁸⁰ Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ «Η κατά τα παραπάνω παροχή των υπηρεσιών συντήρησης/επισκευής των μηχανημάτων Τεχνητού νεφρού μέσω ΜΟΝΟ των αποκλειστικών παρόχων υπηρεσιών και διανομέων του κατασκευαστή, επιβάλλεται από το νόμο και συγκεκριμένα από το αυστηρό νομοθετικό πλαίσιο για την ιχνηλασιμότητα και την υλικοεπαγρύπνιση, δηλαδή το ρυθμιστικό δίκαιο που επιβάλλει σε κάθε κατασκευαστή ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων, όπως το Τεχνητό νεφρό, την υποχρέωση να γνωρίζει ανά πάσα στιγμή την τοποθεσία, την κατάσταση και τη σύμφωνη με τις προδιαγραφές του συντήρηση των μηχανημάτων, που θέτει σε κυκλοφορία, και τα νοσοκομεία, τους ιατρούς ή άλλο προσωπικό που χειρίζεται τα μηχανήματα αυτά ή επιβλέπει ασθενείς που υπόκεινται στη θεραπεία που αυτά εκτελούν (βλ. Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/14.6.1993 του Συμβουλίου ΕΕ που αφορά τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, πλην των εμφυτεύσιμων - που ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία με την υπουργική απόφαση ΔΥ7/ΟΙΚ 2490-ΦΕΚ Τεύχ. Β, αρ. 679/14.9.1994 που ίσχυσε μέχρι 21.3.2010 και στη συνέχεια με την υπουργική απόφαση ΔΥ8δ/Γ.Π. ΟΙΚ. 130648 – ΦΕΚ Τεύχ. Β, αρ. 2198/2.10.2009 που ισχύει από την 21.3.2010 και εφεξής καθώς και Ειδικές Κατευθυντήριες Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις ακολουθητέες διαδικασίες υλικοεπαγρύπνισης για τα Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα με τίτλο The European Commission Guidelines on Medical Device Vigilance System Meddev 2.12/1-rev.6*)» Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

³⁸¹ Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει ότι «Ενδεικτικά και κατά λογική αναγκαιότητα από τα παραπάνω προκύπτει ότι στις σχετικές διακηρύξεις είναι απολύτως αναγκαίοι (τουλάχιστον) οι ακόλουθοι όροι:

- η συντήρηση θα πραγματοποιείται σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστή Gambro
- η συντήρηση θα πραγματοποιείται από εξουσιοδοτημένο από τον κατασκευαστή πάροχο υπηρεσιών
- ο πάροχος των υπηρεσιών θα προβαίνει σε όλες τις υποχρεωτικές αναβαθμίσεις - βελτιώσεις και τις απαραίτητες επενέργειες στα μηχανήματα, τις οποίες ανακοινώνει η Gambro
- ο πάροχος των υπηρεσιών θα προβαίνει στην εγκατάσταση των νέων ενημερώσεων λογισμικού (software updates) λειτουργίας των μηχανημάτων, που προτείνονται από τον κατασκευαστή Gambro για τα μηχανήματα
- ο πάροχος των υπηρεσιών θα έχει πρόσβαση στις προδιαγραφές συντήρησης του κατασκευαστή Gambro και στα ειδικά εργαλεία και όργανα μέτρησης και ελέγχου των μηχανημάτων
- ο πάροχος των υπηρεσιών θα ενημερώνει το νοσοκομείο σε περιπτώσεις διακοπής παραγωγής κάποιου εξαρτήματος από τον κατασκευαστή, προκειμένου να αντιμετωπιστεί η κατάσταση με τη λήψη των τεχνικά και επιστημονικά ενδεδειγμένων μέτρων.» Υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, ανέλαβε από την 1 Ιανουαρίου 2016 η ΜΠΑΞΤΕΡ. Με κοινή συμφωνία των μερών, λύθηκε τον Δεκέμβριο του 2015 η από 7-10.10.2003 σύμβαση διανομής της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

250. Έκτοτε, οι όποιες πωλήσεις ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO έλαβαν χώρα προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αποτελούσαν εκπλήρωση υποχρέωσης που είχε αναλάβει ο κατασκευαστικός οίκος GAMBRO, υπό την ιδιότητα του προμηθευτή, έναντι της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, υπό την ιδιότητα της ως διανομέως, από την από 8.12.2015 «Σύμβαση Συμβιβασμού, Λύσης και Μετάβασης»³⁸². Συνεπώς οι όποιες πωλήσεις προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αφορούσαν αποκλειστικά και μόνον τις συμβατικές υποχρεώσεις που ανέλαβε η GAMBRO δυνάμει του συμφωνητικού και εκπληρώθηκαν για λογαριασμό της από την ΜΠΑΞΤΕΡ.
251. Σύμφωνα με τη ΜΠΑΞΤΕΡ³⁸³, οι λόγοι για τους οποίους μετά τη συγχώνευση των εταιριών Baxter International Inc και GAMBRO AB, προκρίθηκε ως μοντέλο διανομής εντός της ελληνικής αγοράς αιμοδιύλισης, το καθετοποιημένο σύστημα είναι οι ακόλουθοι:

(α) Η διαπίστωση, κατά τον χρόνο κατά τον οποίο η συγκεκριμένη δραστηριότητα περιήλθε στη ΜΠΑΞΤΕΡ, ότι οι διαδικασίες συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων GAMBRO ήταν απολύτως πλημμελείς, κατά τρόπο που εγκυμονούσε σοβαρούς κινδύνους για την υγεία και την ασφάλεια των ασθενών. Υπεύθυνες για την κατάσταση αυτή, στην έκταση που αφορά κάθε μια εξ αυτών, είναι τόσο η ΣΕΡΚΟ, όσο και η εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ³⁸⁴. Η παροχή δηλαδή πλημμελών υπηρεσιών συντήρησης αποτελούσε ένα συστημικό πρόβλημα στην οικεία αγορά, το οποίο και έπρεπε να αντιμετωπιστεί, σύμφωνα με τη ΜΠΑΞΤΕΡ. Ωστόσο, και η μη παροχή ανταλλακτικών για εκκρεμείς/τρέχουσες συμβάσεις στις αιτούμενες αυτά ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ θα μπορούσε επίσης να επιφέρει βλάβη στην υγεία και την ασφάλεια των ασθενών, αλλά δεν φαίνεται να αποτελεί ενδεχόμενο το οποίο έλαβε σοβαρά υπόψη της η ΒΑΧΤΕΡ, ώστε να διαμορφώσει ανάλογα την πολιτική της ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα.³⁸⁵

³⁸² Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.06.2017 της ΜΠΑΞΤΕΡ. Με την από 8.12.2015 «Σύμβαση Συμβιβασμού, Λύσης και Μετάβασης» λύθηκε συμβιβαστικά η υφιστάμενη μεταξύ των μερών σύμβαση διανομής με αμοιβαίες υπαναχωρήσεις και συνολική ρύθμιση όλων των επιμέρους θεμάτων. Ειδικότερα, με συγκεκριμένο όρο της σύμβασης λύσης προβλέφθηκε μια περιορισμένη μετενέργεια της λυόμενης σύμβασης διανομής, προκειμένου να αντιμετωπιστεί το ζήτημα της ενδεχόμενης αδυναμίας υποκατάστασης της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σε ορισμένες συμβάσεις παροχής συντήρησης οι οποίες είχαν καταρτισθεί με δημόσια νοσοκομεία. Στην ουσία πρόκειται για συμβιβαστική πρόβλεψη - ρύθμιση αξίωσης την οποία, λόγω της λύσης της σύμβασης διανομής, θα μπορούσε ούτως ή άλλως να εγείρει εναντίον της GAMBRO η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΕΠΕ, επικαλούμενη τις υφιστάμενες συμβατικές ρυθμίσεις και το εφαρμοστέο Αγγλικό Δίκαιο.

³⁸³ Υπ' αριθ. πρωτ. 2847/07.05.2018 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

³⁸⁴ Ιδίως ως προς την εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ Ο.Ε, η ΜΠΑΞΤΕΡ εντόπισε πλημμέλειες σε ελέγχους που διενήργησε στα νοσοκομεία [...] με διαπιστωθείσα στα εν λόγω νοσοκομεία χρήση μη γνήσιων ανταλλακτικών (χρήση φίλτρων αέρα γενικού εμπορίου και όχι της κατασκευάστριας εταιρίας) ([...]), αλλά και επεμβάσεις στο μηχανολογικό σχέδιο του ιατρικού μηχανήματος και παραποίηση αυτού, π.χ. τοποθέτηση καλωδίου γείωσης στο UF Cell, ήτοι στο σύστημα μέτρησης απώλειας βάρους του ασθενούς κατά τη διάρκεια της αιμοκάθαρσης.

³⁸⁵ Ως προς αυτό ειδικά το ζήτημα είναι χαρακτηριστική η κατάθεση του μάρτυρα [...], ο οποίος σε σχετικές ερωτήσεις απάντησε τα εξής [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 18-19]: «Δ. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Τώρα, από πότε ξεκίνησε είτε η GAMBRO, είτε η ΒΑΧΤΕΡ, είτε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, να φέρνει προσκόμματα στη συνεργασία σας, αν συνέβη αυτό, με την έννοια δηλαδή ότι δεν σας έδινε, ενδεχομένως λέω, επαρκή ποσότητα ανταλλακτικών ή οτιδήποτε άλλο, γιατί άκουσα ότι ξεκίνησε κάποια αντιδικία στα πολιτικά δικαστήρια.

[...]: Από πότε έγινε αυτό. Από 1/1/16 σταματήσαμε, μάλλον και λίγο πριν εν πάση περιπτώσει, όταν μας ανακοινώθηκαν ότι πλέον η ΒΑΧΤΕΡ είναι στην Ελλάδα και όχι η GAMBRO ή η MEDICAL

(β) η ειδική νομοθεσία για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα (Οδηγία 93/42 περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων - ΕΕ L169 της 12.7.1993), και δη για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, η οποία αποτελεί αυτοτελή λόγο για την επιλογή του καθετοποιημένου συστήματος.

Σύμφωνα με τη ΜΠΑΞΤΕΡ, οι ειδικές υποχρεώσεις και απαιτήσεις που επιβάλλει η οικεία νομοθεσία προς αποφυγή του σχετικού κινδύνου εξυπηρετούνται βέλτιστα μόνον εντός συστήματος καθετοποιημένης οργάνωσης. Με άλλα λόγια, το σύστημα αυτό, όχι μόνον δικαιολογείται από εμπορικές ή επιχειρηματικές σταθμίσεις ή από την πραγματικότητα της παροχής πλημμελούς συντήρησης, αλλά επιβάλλεται ως βέλτιστο και από την κείμενη ειδική νομοθεσία.

Τέλος, κατά τη ΜΠΑΞΤΕΡ, το επιβεβλημένο της καθετοποιημένης οργάνωσης στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής με χρήση ανταλλακτικών από τον κατασκευαστικό οίκο στα ιατρικά μηχανήματα που κατατάσσονται στην κλάση ΙΙΒ, όπως τα προκείμενα, κατ' αποκλεισμό τρίτων παρόχων, επιβεβαιώνεται και από την από 8.6.2017 Γνωμοδότηση την οποία έλαβε η ΜΠΑΞΤΕΡ κατόπιν υποβολής σχετικού ερωτήματος προς το Τ.Ε.Ι. Αθηνών - Σχολή Τεχνολογικών Εφαρμογών και υπόψη του Τμήματος Μηχανικών Βιοϊατρικής Τεχνολογίας, στο οποίο αποτυπώνονται, βάσει σχετικού αιτήματός της, ακριβώς τα ευρήματα πλημμελούς συντήρησης από την εταιρία ΣΕΡΚΟ και αναφέρονται στην επέμβαση στο μηχανολογικό σχέδιο του ιατρικού μηχανήματος και στη χρήση μη γνήσιων ανταλλακτικών³⁸⁶.

(γ) ειδικά επί ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων υψηλής τεχνολογίας όπως τα προκείμενα, η ΜΠΑΞΤΕΡ έχει εύλογο ενδιαφέρον να διαφυλάξει την ακεραιότητα του προϊόντος της, αποκλείοντας κάθε επενέργεια τρίτων επί της ιδιοσυστασίας του, όπως επίσης να επιβάλει την εφαρμογή στην πράξη συγκεκριμένων πρωτοκόλλων επισκευής και συντήρησης.

Περαιτέρω, απαιτείται η διαρκής εκπαίδευση του προσωπικού που είναι επιφορτισμένο με τη συντήρηση και επισκευή των ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων, η οποία προϋποθέτει εκ των πραγμάτων την απόκτηση από το προσωπικό αυτό πρόσβασης σε πληροφορίες, οι οποίες σχετίζονται με δικαιώματα ευρεσιτεχνίας και πνευματικής ιδιοκτησίας της κατασκευάστριας εταιρίας ή σε πληροφορίες που καλύπτονται από εμπορικό ή βιομηχανικό απόρρητο.

(δ) Η πραγματοποίηση κέρδους εκ μέρους της ΜΠΑΞΤΕΡ και εν γένει του Ομίλου Εταιριών Baxter International Inc., μέσω της lege artis παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής με τη χρήση των αντίστοιχων ανταλλακτικών. Η εύρυθμη και lege artis παροχή τους αποτελεί αναγκαίο όρο για τη λειτουργία των οικείων μηχανημάτων εντεύθεν και για την προμήθεια από τον τελικό καταναλωτή των αναλωσίμων που αποτελούν το κύριο αντικείμενο επιχειρηματικής δράσης της ΜΠΑΞΤΕΡ και του Ομίλου Εταιριών Baxter International Inc, εκ της οποίας και πραγματοποιούνται τα κέρδη αυτών. Η lege artis παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής αποτελεί λοιπόν παρεπόμενο και υποστηρικτικό αλλά απολύτως αναγκαίο έργο για την εύρυθμη λειτουργία της επιχειρηματικής της δράσης.

(ε) Η παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής από την ίδια την ΜΠΑΞΤΕΡ με τα εχέγγυα που αυτή παρέχει ως μέλος του Ομίλου στον οποίον ανήκει η

PRODUCTS, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ξαφνικά μας έγινε μια ανακοίνωση από διακοπή συνεργασίας με την εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και με την BAXTER και σταματήσαμε να έχουμε, να εφοδιάζομαστε πλέον ανταλλακτικά. Είχα στείλει και αιτήματα εγώ να μας εφοδιάζουμε, γιατί είχαμε και ανοιχτές συμβάσεις, δεν μας τις έχουνε εκπληρώσει ποτέ.» [η υπογραμμισμένη γίνεται από την ΕΑ].

³⁸⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.09.2017 απαντητική επιστολή ΜΠΑΞΤΕΡ. Αντίγραφο τόσο του υποβληθέντος ερωτήματος όσο και της εν λόγω Γνωμοδότησης προσκομίζεται ως Σχετικά 8 και 9.

κατασκευάστρια των μηχανημάτων εταιρία, ενισχύει το εμπορικό της όνομα και την εμπορική της παρουσία στην οικεία ενιαία αγορά.

(στ) Τέλος, όπως υποστηρίζει η ΜΠΑΞΤΕΡ, η εξαγορά του Ομίλου Gambro από τον Όμιλο Baxter International Inc, προχώρησε ακριβώς προκειμένου να επωφεληθεί η νέα ενότητα, αλλά και ο τελικός καταναλωτής, από τις συνέργειες που θα προέκυπταν. Προκύπτουσα συνέργεια εκ της συγχώνευσης αυτής για την ελληνική αγορά είναι προφανώς και η δυνατότητα της ΜΠΑΞΤΕΡ, η οποία δραστηριοποιείται στον χώρο ήδη από το 1990, έχοντας τεράστια πείρα και εξειδικευμένο προσωπικό, να αναλάβει, ως εταιρία του Ομίλου, και τη συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων GAMBRO, και προς όφελος, βάσει όσων έχουν ήδη αναφερθεί, των τελικών χρηστών - ασθενών.

Καταγγελλόμενες πρακτικές αποκλεισμού της ΣΕΡΚΟ από την αγορά τεχνητού νεφρού

252. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ³⁸⁷, οι ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και GAMBRO με όχημα τη σύμβασή τους, αλλά και τη δεσπόζουσα θέση που κατέχουν στη σχετική αγορά επιδίωξαν να την αποκλείσουν από την αγορά παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, όπου η εταιρία εξακολουθούσε να έχει ενεργό ανταγωνιστική παρουσία και μετά την προηγηθείσα συντονισμένη επίθεσή τους. Η επιδίωξη εκτοπισμού της ΣΕΡΚΟ από τη σχετική αγορά υλοποιήθηκε μέσω α) της εξάρτησής της από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για τη χορήγηση των απαραίτητων, για τη συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό, πιστοποιητικών του εξουσιοδοτημένου επισκευαστή/συντηρητή, β) της επιβολής της υποχρέωσης αποκλειστικής προμήθειας ανταλλακτικών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και γ) της διακοπής της πρόσβασης σε απαραίτητα εκπαιδευτικά σεμινάρια και στη βάση τεχνικών δεδομένων της GAMBRO. Τις εν λόγω πρακτικές, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, υιοθέτησε και η ΜΠΑΞΤΕΡ από το 2016 οπότε και ανέλαβε την διανομή των προϊόντων καταπολέμησης της νεφρικής ανεπάρκειας του οίκου GAMBRO.

Χορήγηση πιστοποιητικών εξουσιοδοτημένου επισκευαστή/συντηρητή

253. Σε ορισμένες διακηρύξεις για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς νοσοκομείων, ζητείτο πιστοποιητικό στο οποίο να αναφέρεται ότι η επιχείρηση είναι εξουσιοδοτημένος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων GAMBRO, ότι διαθέτει ανταλλακτικά των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της GAMBRO, καθώς και ότι η GAMBRO εγγυάται στην επιχείρηση τη συνεχή προμήθεια ανταλλακτικών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων που συνάπτει με τα νοσοκομεία. Όπως προέκυψε ωστόσο από την ακροαματική διαδικασία, στις διακηρύξεις πλέον δεν περιλαμβάνεται τέτοια απαίτηση, αν και αυτό επιδιώχθηκε στο πλαίσιο της διαβούλευσης από τη ΒΑΧΤΕΡ³⁸⁸.

254. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, από τα τέλη του 2010 και ενώ η μεταξύ των ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ συνεργασία είχε ήδη λυθεί από τα μέσα του ίδιου έτους, η GAMBRO επικαλούμενη τη σύμβαση αποκλειστικής διανομής που τη συνδέει με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αρνείται να ικανοποιήσει το επανειλημμένα διατυπωθέν αίτημα της ΣΕΡΚΟ, για τη χορήγηση του εν λόγω πιστοποιητικού και της υπέδειξε να απευθυνθεί στον αποκλειστικό διανομέα της, δηλαδή την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για

³⁸⁷ Βλ. Έντυπο καταγγελίας σελ. 4.

³⁸⁸ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 130-131, καθώς και σελ. 142-143.

οποιοσδήποτε πληροφορίες σχετικές με τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της GAMBRO³⁸⁹.

255. Πρέπει να σημειωθεί ότι, η καταγγέλλουσα, κατά το χρόνο της καταγγελίας, επικαλούνταν ότι είχε προς εκτέλεση ένα σημαντικό αριθμό εκκρεμών συμβάσεων με νοσοκομεία, για τη συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, ορισμένες εκ των οποίων είχαν συναφθεί κατόπιν διαγωνισμών στους οποίους συμμετείχε η ΣΕΡΚΟ, δρώντας ανταγωνιστικά προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ή την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ η οποία εμφανίζεται ως υπεργολάβος της³⁹⁰.
256. Σχετικά με τα πιστοποιητικά που εξέδιδε, η GAMBRO διευκρίνισε ότι λόγω του ορισμού από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ της ΣΕΡΚΟ, ως μίας από τις δύο υπεργολάβους της, για τη συντήρηση μηχανημάτων, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ενημέρωσε την GAMBRO ότι η ΣΕΡΚΟ ζητούσε την έκδοση κάποιου είδους δηλώσεων ή βεβαιώσεων, με τις οποίες η GAMBRO να δηλώνει ότι η ΣΕΡΚΟ είχε πράγματι επάρκεια να κάνει συντήρηση στα μηχανήματα GAMBRO. Το περιεχόμενο, δηλαδή τη λεκτική διατύπωση των δηλώσεων (βεβαιώσεων), το υπαγόρευε η ίδια η ΣΕΡΚΟ, ώστε να είναι εκείνο το οποίο της ζητούσαν τα δημόσια νοσοκομεία. Με αυτόν τον τρόπο η GAMBRO χορήγησε, κατά καιρούς, διάφορες τέτοιες δηλώσεις

³⁸⁹ Στην από 16 Ιουνίου 2011 επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που έστειλε ο [...] (GAMBRO) αναφέρεται μεταξύ άλλων: «... η ΣΕΡΚΟ ζητάει από την Gambro (i) να δηλώσει πως η ΣΕΡΚΟ είναι ένας εξουσιοδοτημένος πάροχος συντήρησης και επισκευής, καθώς επίσης και πάροχος ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού της Gambro και (ii) να εγγυηθεί τη συνεχή προμήθεια των απαιτούμενων ανταλλακτικών στη ΣΕΡΚΟ. Όπως έχει ξεκάθαρα ανακοινωθεί στη ΣΕΡΚΟ με το από 13.08.2010 εξώδικο μας, η ΣΕΡΚΟ δεν έχει και δεν είχε ποτέ καμία απευθείας σχέση με την Gambro. Η ΣΕΡΚΟ δεν έχει κανένα δικαίωμα να προβάλλει τέτοια αιτήματα και η Gambro καμία υποχρέωση να τα εκπληρώσει. Είστε ενήμερος ότι η Medical Products ("MP") [ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ] είναι ο αποκλειστικός διανομέας της Gambro Lundia AB's ("Gambro") στην Ελλάδα για όλα τα προϊόντα της Gambro (συμπεριλαμβανομένων των ανταλλακτικών) και τις τεχνικές υπηρεσίες που σχετίζονται μ' αυτά. Παρακαλώ απευθυνθείτε στην Medical Products, και όχι στην Gambro, για οποιοσδήποτε πληροφορίες σχετικές με τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της Gambro.» (σχετικό 8 της καταγγελίας).

Επίσης η ΣΕΡΚΟ έστειλε στις 13 Οκτωβρίου 2011 επιστολή προς αμφοτέρους τις καταγγελλόμενες με την οποία τους ζητούσε να της προσκομίσουν το απαραίτητο πιστοποιητικό για τη συμμετοχή της σε ανοιχτό διαγωνισμό του νοσοκομείου ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ Θεσσαλονίκης, με αντικείμενο την συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού (σχετ. 58 του υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ). Η GAMBRO, με επιστολή της στις 21 Οκτωβρίου 2011, αρνήθηκε την παροχή του πιστοποιητικού, διότι δεν υπάρχει μεταξύ τους συμβατική σχέση. Επισημαίνει ότι στο παρελθόν είχε προσκομίσει σχετική πιστοποίηση κατόπιν αιτήματος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ που είναι και ο διανομέας της στην Ελλάδα και δεδομένου ότι αυτή είχε σχέση υπεργολαβίας με τη ΣΕΡΚΟ (Σχετ. 59 του υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ).

Αντίστοιχο ζήτημα προέκυψε και στην περίπτωση του ανοικτού διαγωνισμού του Γενικού Νοσοκομείου «ΑΓΙΟΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ» στην Κρήτη, όπου ζητήθηκε η ίδια βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου περί της δυνατότητας της εταιρίας να πραγματοποιεί υπεύθυνες συντηρήσεις στα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO με ανταλλακτικά του (Σχετ. 59 του υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ).

³⁹⁰ Προς επίρρωση των ισχυρισμών της, η καταγγέλλουσα προσκομίζει ως σχετικό 7^Α της καταγγελίας, πίνακα διαγωνισμών με αποκλειστικό αντικείμενο τη συντήρηση και την επισκευή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO για την περίοδο από 25.08.2010 έως 15.06.2011. Από αυτόν προκύπτει ότι η ΣΕΡΚΟ έχει συμμετάσχει σε διαγωνισμούς ανταγωνιζόμενη είτε την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είτε την ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, όπως και ότι σε κανέναν από τους αναφερόμενους διαγωνισμούς δεν έχουν συμμετάσχει ταυτόχρονα οι εταιρίες ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ. Οι δύο διαγωνισμοί στους οποίους συμμετείχε η ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ αφορούν νοσοκομεία της Θεσσαλονίκης. Παράδειγμα ανταγωνισμού μεταξύ της ΣΕΡΚΟ και της ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗΣ αποτελεί και ο ανοιχτός διαγωνισμός του Νοσοκομείου ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ που τελικά ακυρώθηκε με απόφαση του Νοσοκομείου (σχετικό 64 του υπ' αριθ. πρωτ. 8510/21.12.2011 Υπομνήματος). Ακολούθησε στην συνέχεια η ανάθεση της σύμβασης στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ χωρίς την τήρηση, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, των στοιχειωδών απαιτήσεων της αρχής της διαφάνειας και του ανταγωνισμού.

(βεβαιώσεις) στη ΣΕΡΚΟ, σύμφωνα με το λεκτικό το οποίο αυτή ζητούσε, μέσω της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, προκειμένου να τις υποβάλλει στα δημόσια νοσοκομεία, όπως έλεγε, για να τους δείξει ότι διαθέτει την αναγκαία επάρκεια συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO. Παρόμοιες βεβαιώσεις χορηγήθηκαν υποστηρίζει η GAMBRO, κατά καιρούς, και στην ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ, της οποίας η σύμβαση υπεργολαβίας με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ συνεχίστηκε ομαλώς, και η οποία ουδέποτε ισχυρίστηκε ότι συνήψε σιωπηρώς οποιαδήποτε συμβατική σχέση με την GAMBRO λόγω της χορήγησης σ' αυτήν τέτοιων βεβαιώσεων³⁹¹. Το γεγονός επιβεβαίωσε και η έτερη καταγγελλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ³⁹².

257. Σύμφωνα με τη GAMBRO, μετά την αμφίπλευρη καταγγελία της μεταξύ των ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΣΕΡΚΟ συνεργασίας, η GAMBRO δήλωσε στη ΣΕΡΚΟ³⁹³ ότι αντιλαμβάνεται ότι αυτή δεν είναι πλέον υπεργολάβος συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO στην Ελλάδα, και πως τροποποιεί την τελευταία «βεβαίωση» (βλ. και παρ. 259) που της είχε ήδη χορηγήσει και η οποία είχε ισχύ μέχρι την 31.12.2010. Κατόπιν η GAMBRO διέκοψε την χορήγηση οποιασδήποτε περαιτέρω παρόμοιας βεβαίωσης προς την καταγγέλλουσα.

258. Σχετικά με την εν λόγω βεβαίωση, σε επιστολή που έστειλε ο [...] προς την GAMBRO στις 11 Αυγούστου 2010, ενημέρωνε την GAMBRO ότι σκόπευε να λύσει το Ιδιωτικό Συμφωνητικό υπεργολαβίας που είχε υπογράψει με τη ΣΕΡΚΟ, με υπαιτιότητα της ΣΕΡΚΟ. Της ζητούσε σχετικά να ανακαλέσει το διατυπωθέν πιστοποιητικό που είχε δώσει στη ΣΕΡΚΟ και να το αντικαταστήσει με καινούργιο πιστοποιητικό στο οποίο να βεβαιώνει πλέον το ορθό με βάση τα δεδομένα (factually correct), δηλαδή ότι η ΣΕΡΚΟ είναι πιστοποιημένος επισκευαστής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του οίκου GAMBRO. Ο [...] ζητούσε την παροχή του εν λόγω πιστοποιητικού στη ΣΕΡΚΟ, παρότι δεν υπήρχε σχετική υποχρέωση, για δύο λόγους α) διότι επί του παρόντος θα ήταν πολύ δύσκολο για την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να εξυπηρετήσει τις εκκρεμείς συμβάσεις εκτός περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας που είχε αναλάβει η ΣΕΡΚΟ και β) διότι, αν και αβάσιμα³⁹⁴, η ΣΕΡΚΟ πιθανώς να κινιόταν νομικά για να διεκδικήσει διαφυγόντα κέρδη από την διακοπή εξυπηρέτησης των εν λόγω εκκρεμών συμβάσεων³⁹⁵.

³⁹¹ Παρόμοιο είναι το περιεχόμενο της ένορκης βεβαίωσης του [...] ([...]). Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή GAMBRO, Παράρτημα Α αυτής.

³⁹² Σύμφωνα με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, το λεκτικό των κατά καιρούς βεβαιώσεων αντιγράφει ό,τι ζητά ο κάθε διαγωνισμός, ή συγκεκριμένες εκκρεμείς συμβάσεις, και δεν δίδεται για να προσνείμει, ούτε προσνείμει κάποια «ιδιότητα» ή κάποιο δικαίωμα στον εκάστοτε εργολάβο, στον οποίον δίδεται (υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ).

³⁹³ Μέσω της από 11.08.2010 εξώδικης απάντησής της.

³⁹⁴ Κατά τον [...].

³⁹⁵ «... Further to our various communications over the past few weeks in relation to the above situation, kindly note that we intend to terminate the Serco subcontract immediately, for cause culpable for Serco,

By reason of said termination, but also in view of Serco's misconstruction and attempt to invent "distributor rights and claims" against Gambro based thereon (same action being an attempt to usurp MP's rights), we must kindly ask you to revoke the current (2010) certification given to Serco. We believe said certification should be replaced with a factually correct certification of technical competence only, for the following two reasons:

(a) because of the difficult situation with Serco's current contracts with hospitals for machines outside the guarantee period (as these were notified to Gambro by Serco's out-of-court notice), and the fact that, even with our best efforts, with our current infrastructure and resources, we are not confident we can service those installations.

(b) because, in notifying those contracts to Gambro, we believe Serco is implying it will claim lost profit in the event it considers itself to have been "stopped" from performing on those contracts. We consider such a claim unfounded in law and fact; but we see no reason why Serco should be given even a pretext to raise such claims, however unfounded they may be.

259. Στο από 11 Αυγούστου 2010 εξώδικο που απηύθυνε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προς τη ΣΕΡΚΟ, η πρώτη σε συνέχεια της καταγγελίας της συνεργασίας τους, μεταξύ άλλων, ανακαλεί την πιστοποίηση της GAMBRO που μετά από αίτηση της ΣΕΡΚΟ της είχε χορηγηθεί για το 2010, καλεί τη ΣΕΡΚΟ να απέχει από την παροχή οποιασδήποτε υπηρεσίας επί προϊόντων GAMBRO με χρήση της ανακαλούμενης πιστοποίησης ή δυνάμει της καταγγελλόμενης με το ως άνω εξώδικο μεταξύ τους σύμβασης και δηλώνει ότι για την περιστολή του κινδύνου για τους ασθενείς της θα ζητήσει από τη GAMBRO να χορηγηθεί στη ΣΕΡΚΟ νέα πιστοποίηση³⁹⁶. Η GAMBRO στο από 11 Αυγούστου 2010 εξώδικό της επισύναψε την σχετική βεβαίωση πιστοποιημένου (certified) παρόχου επισκευής και συντήρησης (service) από τη GAMBRO σε αντικατάσταση προηγούμενης σχετικής βεβαίωσης με την οποία πιστοποιούσε ότι είναι εξουσιοδοτημένος (authorised) πάροχος, χωρίς ωστόσο να αναφέρεται στη βεβαίωση χρονικό διάστημα για το οποίο αυτή ισχύει.
260. Στη βεβαίωση επίσης αναφέρεται ότι η συγκεκριμένη βεβαίωση/ δήλωση ακυρώνει και αντικαθιστά οποιαδήποτε προηγούμενη βεβαίωση/ δήλωση που έχει δοθεί από τη GAMBRO³⁹⁷.
261. Ερωτηθείσα ποια η διαφορά μεταξύ του πιστοποιημένου και εξουσιοδοτημένου παρόχου επισκευής και συντήρησης, η GAMBRO απήντησε «*Η εταιρία μας δεν διακρίνει μεταξύ των ανωτέρω χαρακτηριστικών που αναφέρετε, ούτε εκδίδουμε τέτοια πιστοποιητικά σε οποιονδήποτε ή κατά συνήθη πρακτική. Επαναλαμβάνουμε ότι τα πιστοποιητικά αυτά τα χορηγούσαμε κατόπιν ειδικού αιτήματος προκειμένου η ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ να τα υποβάλλει, όπως έλεγε, στα νοσοκομεία και με το ανάλογο κάθε φορά, αιτηθέν από την ίδια περιεχόμενο.*»³⁹⁸. Στο ίδιο ερώτημα η ΣΕΡΚΟ απήντησε ότι από «*την ίδια τη γραμματική διατύπωση του όρου «πιστοποιημένος» προκύπτει ότι ο πιστοποιημένος πάροχος είναι ικανός να παρέχει υπηρεσίες service στα μηχανήματα του κατασκευαστή, λαμβάνοντας όλες τις απαραίτητες τεχνικές πληροφορίες και εκπαιδεύσεις για τη διενέργεια συντηρήσεων. Πιστοποιημένος πάροχος μπορεί να είναι και ο ανεξάρτητος επισκευαστής. Αντιδιαστέλλεται συνεπώς ο πιστοποιημένος πάροχος από τον εξουσιοδοτημένο, καθώς ως τέτοιος νοείται μόνο ο συμβεβλημένος με τον κατασκευαστή.*» Με την εν λόγω βεβαίωση η ΣΕΡΚΟ μπορούσε να συμμετέχει σε διαγωνισμούς, σε μερικούς όμως διαγωνισμούς δεν είχε γίνει δεκτή η συμμετοχή της λόγω έλλειψης βεβαίωσης εξουσιοδοτημένου παρόχου³⁹⁹.

We therefore, consider it a measure of diligence and general good faith conduct (however undeserved by Serco) for Gambro to supply to Serco that kind of certification, and only that, which will allow it to continue to provide its services as a technically qualified service provider. We would therefore kindly request the replacement of the current, factually incorrect, certification with a new and factually accurate one, substantially as follows:

"We hereby confirm that Serco Ltd (Agisandrou 3, Ag. Artemios, 11632 Athens, Greece) is a certified provider of maintenance and repair services and spare parts to Gambro artificial kidney machines. This declaration cancels and replaces any other prior declaration given by Gambro Lundia AB as of today".

At your disposal for any elaboration or assistance.»

Το έγγραφο βρέθηκε κατά τη διάρκεια του επιτόπιου ελέγχου στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με τίτλο «Gambro για Serco» της [...] ([...]).

³⁹⁶ Βάσει της οποίας την καλεί και μετά τη λύση της σύμβασης υπεργολαβίας, να εκπληρώσει άρτια τις υποχρεώσεις της από εκκρεμείς σήμερα συμβάσεις παροχής τεχνικών υπηρεσιών με τα νοσοκομεία, διαφορετικά να της γνωστοποιήσει αμελλητί ότι δεν θα το πράξει, προκειμένου να μεριμνήσει η ίδια για την παροχή των αναγκαίων σχετικών υπηρεσιών, για τις οποίες ευθύνεται έναντι των αγοραστών μηχανημάτων GAMBRO.

³⁹⁷ Υπ' αριθ. πρωτ.2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή GAMBRO, Παράρτημα 11.

³⁹⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

³⁹⁹ Υπ' αριθ. πρωτ.1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικά 25, 26 και 26^α πρακτικά διαγωνισμών στους οποίους απορρίφθηκε η προσφορά της διότι διέθετε πιστοποιητικό πιστοποιημένου και όχι εξουσιοδοτημένου παρόχου.

Αποκλειστική προμήθεια ανταλλακτικών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ

262. Σύμφωνα με την καταγγελλόμενη, από τα μέσα του 2011, η GAMBRO άρχισε να αρνείται την εκτέλεση παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ σε ανταλλακτικά, τις οποίες μέχρι τότε εκτελούσε, ενημερώνοντάς την ταυτόχρονα ότι από εδώ και στο εξής, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι ο μοναδικός διανομέας της στην Ελλάδα και συνεπώς δεν μπορεί να την προμηθεύει με ανταλλακτικά απευθείας⁴⁰⁰. Με τον τρόπο αυτό, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η GAMBRO ορίζει την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, όχι μόνο ως αποκλειστικό διανομέα ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής της και πάροχο υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των εν λόγω μηχανημάτων για την Ελλάδα, αλλά και ως αποκλειστική πηγή προμήθειας των εν λόγω προϊόντων για οποιονδήποτε επιθυμεί να έχει παρουσία στη σχετική ελληνική αγορά συντήρησης και επισκευής των εν λόγω μηχανημάτων (Βλ. αναλυτικά Ενότητα 0 της με αρ. πρωτ. 2962/0905.2018 Εισήγησης).
263. Η ΓΔΑ απηύθυνε ερώτημα στη GAMBRO⁴⁰¹ σχετικά με τους λόγους για τους οποίους σταμάτησε να προμηθεύει τη ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά στα μέσα του 2011, ενώ η όποια αλλαγή στις συναλλακτικές σχέσεις της εταιρίας, όπως και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με αυτή συντελέστηκε στα μέσα του 2010. Σχετικά η GAMBRO απήντησε⁴⁰² ότι η διακοπή της προμήθειας ανταλλακτικών στη ΣΕΡΚΟ έγινε σταδιακά. Σύμφωνα με τη GAMBRO, η ΣΕΡΚΟ από τον Ιούνιο του 2010 και μετά⁴⁰³, της ζητούσε συνεχώς να την προμηθεύει με ανταλλακτικά, παρ' ότι ήταν η ίδια που είχε καταγγείλει τη σύμβαση υπεργολαβίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ⁴⁰⁴. Με την από 11.8.2010 εξώδική δήλωσή της, η GAMBRO ενημέρωσε τη ΣΕΡΚΟ ότι αντιλαμβάνεται ότι δεν ήταν πλέον υπεργολάβος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ επειδή η μεταξύ τους σύμβαση υπεργολαβίας είχε καταγγελθεί και επομένως είχε γνώση ότι η εκ μέρους της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ απ' ευθείας προμήθεια ανταλλακτικών, θα ακολουθούσε την τύχη της διακοπείσας (λυθείσας) αυτής σύμβασης υπεργολαβίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, στην οποία και βασιζόταν, και έτσι η ΣΕΡΚΟ είχε αρκετό καιρό να προσαρμόσει ανάλογα την επιχείρησή της. Για το διάστημα, μετά την 11.8.2010 και μέχρι τις 16.06.2011⁴⁰⁵, η GAMBRO συνέχισε την προμήθεια ανταλλακτικών προς τη ΣΕΡΚΟ: (α) προκειμένου να μην τεθούν σε κίνδυνο ασθενείς, (β) με δεδομένο ότι η προμήθεια αυτή είχε προσωρινό χαρακτήρα και (γ) επειδή δεν δημιουργούσε με αυτό την εντύπωση στη ΣΕΡΚΟ ότι θα συνεχισθεί «απόρροσκοπτα» η πώληση ανταλλακτικών προς αυτήν αφού δεν είχε ανανεώσει την προς αυτήν βεβαίωση (βλ. Ενότητα 0 της με αρ. πρωτ. 2962/0905.2018 Εισήγησης).
264. Επειδή έκτοτε η GAMBRO δεν είχε καμία υποχρέωση να προμηθεύει πλέον τη ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά, με την από 16.06.2011 επιστολή της σύστησε στη ΣΕΡΚΟ, εάν επιθυμεί, να απευθυνθεί στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προκειμένου να προμηθευτεί από εκείνη οποιαδήποτε ανταλλακτικά GAMBRO χρειαζόταν και υπό

⁴⁰⁰ Σχετικά, η καταγγέλλουσα προσκόμισε δύο αιτήσεις παραγγελιών της προς την GAMBRO καθώς και τις αρνητικές απαντήσεις της GAMBRO (σχετικά 9, 9Α, 10, 10Α της καταγγελίας).

⁴⁰¹ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 607/22.01.2015 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

⁴⁰² Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

⁴⁰³ Η GAMBRO παρέπεμψε σχετικά στα από 22.6.2010 και 24.6.2010 εξώδικα της ΣΕΡΚΟ. Βλ. αναλυτικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

⁴⁰⁴ Βλ. αναλυτικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

⁴⁰⁵ Με την από 16.06.2011 επιστολή της, η GAMBRO σταμάτησε πλέον οποιαδήποτε προμήθεια της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά και της σύστησε εάν επιθυμεί, να απευθυνθεί στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προκειμένου να προμηθευτεί από εκείνη οποιαδήποτε ανταλλακτικά GAMBRO χρειαζόταν (Παράρτημα 14 της υπ' αριθ. 2374/15.04.2015 απαντητικής επιστολής GAMBRO).

την αυτονόητη προϋπόθεση ότι θα συμφωνούσαν μεταξύ τους, τους όρους μιας τέτοιας συναλλαγής.

265. Η GAMBRO επισημαίνει επίσης ότι τις ανωτέρω αιτιάσεις δέχτηκε με την απόφασή του 8142/2012⁴⁰⁶ και το ΜΠρΑθ όπου αναφέρεται «Περαιτέρω η διακοπή της συνεργασίας των διαδίκων δεν ήταν αιφνίδια, καθώς η αιτούσα συνέχισε να προμηθεύεται ανταλλακτικά μηχανημάτων από την πρώτη των καθ' ων επί σχεδόν ένα έτος μετά τον παραπάνω τρόπο διακοπή της συνεργασίας (έως 13.6.2011), παρόλο που η ίδια η αιτούσα είχε αναφέρει στις εξώδικες δηλώσεις της ότι θα καλύπτει αιτήματα συντήρησης έως 30.9.2010. Η οριστική διακοπή έλαβε χώρα στις αρχές Ιουλίου 2011, όπου η πρώτη των καθ' ων αρνήθηκε να ικανοποιήσει τις παραγγελίες αυτής και την παρέπεμψε στην δεύτερη των καθ' ων. Στο διάστημα αυτό η 1η των καθ' ων, ενώ παρέδιδε ανταλλακτικά στην αιτούσα δεν της είχε δημιουργήσει την εντύπωση ότι θα συνεχισθεί η συνεργασία τους απρόσκοπτα, καθώς δεν της είχε ανανεώσει την βεβαίωση παρόχου υπηρεσιών συντήρησης που της είχε παράσχει με την από 11.8.2010 εξώδικη δήλωσή της. Η ανωτέρω συμπεριφορά των καθ' ων (ιδίως της πρώτης κατά της οποίας στρέφεται κυρίως η αιτούσα), δεν συνιστά αδικαιολόγητη διακοπή – καταγγελία της σύμβασης κατά κατάχρηση δικαιώματος, ως υπερβαίνουσα προφανώς τα όρια και τους σκοπούς του άρθρου 281 Α.Κ. (βλ. ΑΠ 1513/2010 ΕπισκεΔ 2011. 396, ΑΠ 683/2010 ΕΕΜπΔ 2011. 606)... Η αιτούσα (ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ) αξιώνει να συνεχίσει η πρώτη των καθ' ων (την εταιρία μας) να της πωλεί τα ανταλλακτικά της και να της χορηγεί πιστοποιητικό εξουσιοδοτημένου διανομέα ανταλλακτικών και παρόχου υπηρεσιών συντήρησης, το οποίο όμως δεν είναι πλέον δυνατό, μετά τον τερματισμό της συνεργασίας των διαδίκων».

266. Στην ίδια παραδοχή καταλήγει, συνεχίζει η GAMBRO, και η ΠΠρΑθ 5667/2013 σύμφωνα με την οποία: «Η συνεργασία της ενάγουσας (ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ) με τους εναγομένους (εμάς και της Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ) συνεχίστηκε έως τις 13.6.2011, παρά το γεγονός ότι η ενάγουσα είχε δηλώσει ότι θα προέβαινε σε συντήρηση των μηχανημάτων έως την 30.9.2010, η δε διακοπή συνεργασίας των εταιριών έγινε το Ιούλιο του 2011, όταν η εταιρία «GambroLundiaAB» αρνήθηκε τις σχετικές παραγγελίες ανταλλακτικών της ενάγουσας και την παρέπεμψε στην εταιρία «Medical Products Ltd» (Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ). Η παραπάνω συμπεριφορά των εναγομένων εταιριών δεν συνιστά αδικαιολόγητη διακοπή της σύμβασης κατά κατάχρηση δικαιώματος, ως υπερβαίνουσα προφανώς τα όρια και τους σκοπούς του άρθρου 281 ΑΚ. Ειδικότερα η διακοπή της συμβατικής σχέσης των διαδίκων δεν ήταν αδικαιολόγητη και αιφνίδια και δεν συντρέχει λόγος καταχρηστικής εκμετάλλευσης της σχέσης οικονομικής εξάρτησης της ενάγουσας από την εταιρία «Medical Products Ltd», αφού δεν είναι δυνατή η διαιώνιση των συμβατικών σχέσεων στο διηνεκές ... Επίσης δεν έχει απαγορευτεί στην ενάγουσα να εκτελεί άλλες συναφείς δραστηριότητες και συντήρηση άλλων μηχανημάτων».

Μετά την απόρριψη από τον Πρόεδρο Υπηρεσίας του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, στις 19.08.2011, του αιτήματος της ΣΕΡΚΟ για χορήγηση προσωρινής διαταγής στη GAMBRO μεταξύ άλλων, για την εκτέλεση των παραγγελιών της σε ανταλλακτικά (βλ Ενότητα 0 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης), η ΣΕΡΚΟ άρχισε να κάνει παραγγελίες αγοράς ανταλλακτικών GAMBRO προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Ειδικότερα, στο διάστημα από 23.08.2011 (δηλαδή τέσσερις ημέρες μετά την απόρριψη του ως άνω αιτήματός της) μέχρι την 15.12.2011, η ΣΕΡΚΟ έστειλε στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ τέσσερις συνολικά παραγγελίες για αγορά ανταλλακτικών GAMBRO. Οι παραγγελίες της αυτές είχαν τους εξής αριθμούς παραγγελίας και τις εξής ημερομηνίες αντίστοιχα:

⁴⁰⁶ Προσκομίσθηκε ως Παράρτημα Β της υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 απαντητικής επιστολής της GAMBRO.

- Παραγγελία υπ' αρ. 314/23.8.2011,
- Παραγγελία υπ' αρ. 315/30.9.2011,
- Παραγγελία υπ' αρ. 317/4.11.2011 και
- Παραγγελία υπ' αρ. 318/15.12.2011⁴⁰⁷.

267. Όλες αυτές οι παραγγελίες ανταλλακτικών της ΣΕΡΚΟ, σύμφωνα με την GAMBRO⁴⁰⁸, εκτελέστηκαν από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η οποία της πώλησε τα παραγγελθέντα ανταλλακτικά GAMBRO για τις ήδη αναληφθείσες και εκκρεμείς μέχρι τότε συμβάσεις συντήρησης, μολονότι δεν είχε πλέον τέτοια υποχρέωση μετά τη λύση (λόγω καταγγελίας) της μεταξύ τους σύμβασης υπεργολαβίας. Σχετικά με την προμήθεια ανταλλακτικών τεχνητού νεφρού GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ μετά την καταγγελία της σύμβασής της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αναφέρει πως αυτή εκτελούσε παραγγελίες, στην έκταση που η ΣΕΡΚΟ την εξανάγκασε με την άρνηση παράδοσης εκκρεμών συμβάσεων και τεχνικών φακέλων⁴⁰⁹, δηλαδή «στην έκταση που απαιτείτο για την εξυπηρέτηση των συστημάτων που η Σέρκο αρνήθηκε να παραδώσει προς την ΙΠ»⁴¹⁰.
268. Σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η διαδικασία προμήθειας των ανταλλακτικών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ παρουσίασε σειρά προβλημάτων. Ο μέσος χρόνος παράδοσης ανταλλακτικών προς τη ΣΕΡΚΟ αυξήθηκε σε σχέση με το χρόνο παράδοσης των ανταλλακτικών την περίοδο που αυτά τα εισήγαγε κατευθείαν από την GAMBRO⁴¹¹. Επίσης οι τιμές πώλησης των κωδικών των παραγγελιών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ήταν αυξημένες κατά μέσο όρο κατά 8%, σε σχέση με τις τιμές πώλησης προϊόντων από την GAMBRO⁴¹², ενώ δεν δόθηκε καμία πίστωση σε αντίθεση με την πίστωση δύο μηνών που παρεχόταν από τη GAMBRO⁴¹³.

⁴⁰⁷Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 της GAMBRO.

⁴⁰⁸Υπ' αριθ. πρωτ. 2374/15.04.2015 της GAMBRO.

⁴⁰⁹Παράγραφοι 013- 020 του 1913/19.03.2015 της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

⁴¹⁰ Στην υπ' αριθ. πρωτ.1913/19.03.2015 απαντητική της επιστολή, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ επίσης αναφέρει «Την προμήθειά της σ' αυτήν την έκταση, δηλαδή για την εκπλήρωση υποχρεώσεων από εκκρεμείς συμβάσεις:

(1) ζήτησε ειδικά και ρητά η Σέρκο (α) με την από 11.04.2012 εξώδικο της, (β) με τις υπ' αρ. εκθ. κατάθ. 15962/25.07.2011 και 26183/2808/2013 αιτήσεις της ασφαλιστικών μέτρων από το αστικό δικαστήριο,

(2) εκτέλεσε η ΙΠ (όπως αναλυτικά στην από 15.12.2011 εξώδικο της ΙΠ προς τη Σέρκο, ...) μέχρι την έκδοση της ως άνω ΠΠΑ 5667/2013, η οποία, με το εσφαλμένο αιτιολογικό και διατακτικό κατά της ΙΠ (να προμηθευτεί τη Σέρκο «όπως τους άλλους πελάτες της») έθεσε την ΙΠ στον κίνδυνο περαιτέρω εσφαλμένης δικαστικής κρίσης για την οντολογικά αδύνατη μεν (αφού δεν υπάρχουν άλλοι «πελάτες-έμποροι» ή «πελάτες-μεταπωλητές», ...), υποκείμενη στη δικαστική κρίση, και εσφαλμένη ακόμα, δε.

(3) εξακολουθεί, χωρίς υποχρέωση, να εκτελεί μετά την έκδοση της ΠΠΑ 5667/2013, με τις διαμαρτυρίες, προειδοποιήσεις και επιφυλάξεις που εξηγήθηκαν πιο πάνω (§§038-040).»

⁴¹¹ Με το υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικό Υπόμνημα και Αίτηση η ΣΕΡΚΟ προσκομίζει ενδεικτική παραγγελία της, η οποία πραγματοποιήθηκε στις 23 Αυγούστου 2011 και εκτελέστηκε εξ ολοκλήρου στις 26 Σεπτεμβρίου 2011, τη στιγμή που στα δημόσια νοσοκομεία υπήρχε υποχρέωση ετοιμότητας παροχής επισκευής και ανταλλακτικών εντός 24 ωρών από την υποβολή σχετικής κλήσης. (Βλ σχετικά 40 έως και 53, τα οποία αφορούν την παραγγελία ανταλλακτικών Νο 314).

Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική της επιστολή Πίνακες με υπολογισμούς για το μέσο όρο παράδοσης ανταλλακτικών από το 2002 έως και το 2011 (σχετ. 31) από την GAMBRO και από τις 23/8/2011 έως και 8/12/2011 (σχετ. 32) από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Σύμφωνα με τους πίνακες ο μέσος όρος παράδοσης για τα έτη 2002 έως 2011 κυμαινόταν μεταξύ 2 και 14,5 ημερών (μέσος όρος παράδοσης δεκαετίας: 8,9 ημέρες). Για το υπόλοιπο 2011, όταν τα ανταλλακτικά προμήθευε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ο μέσος όρος παράδοσης ανήλθε σε 17,27 ημέρες.

⁴¹² Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε πίνακα με διαφορές τιμολόγησης των ανταλλακτικών της Νο 314/23-8-2011 παραγγελίας της από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, σε σχέση με αντίστοιχες τιμές των ίδιων κωδικών που αναγράφονται στον τιμοκατάλογο του 2011 της GAMBRO (Σχετ. 54 και 55 του υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης της ΣΕΡΚΟ).

269. Στις 15 Δεκεμβρίου 2011 η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ επανέρχεται με νέο εξώδικο στο οποίο μεταξύ άλλων καλεί την εταιρία να της απευθύνει από εδώ και στο εξής παραγγελίες που θα δηλώνουν απλά και καθαρά (α) το παραγγελόμενο είδος και την ποσότητα της παραγγελίας, (β) τη σύμβαση την οποία αφορά, και (γ) την τακτική ή έκτακτη ανάγκη που αυτό καλύπτει. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, με το ανωτέρω εξώδικο της η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ουσιαστικά δήλωνε ότι δεν θα εκτελούσε παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ σε ανταλλακτικά, παρά μόνο αν αφορούσαν εκκρεμείς συμβάσεις της, αποκλείοντας έτσι πλήρως την προμήθεια ανταλλακτικών για την εκτέλεση έργων που θα κατακυρώνονταν σε αυτήν στα πλαίσια των τρεχόντων και μελλοντικών δημόσιων διαγωνισμών^{414,415}.
270. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ υλοποίησε την απόφασή της να μην εκτελεί παραγγελίες σε ανταλλακτικά, παρά μόνο αν αυτές αφορούν εκκρεμείς συμβάσεις και εφόσον στο κείμενο κάθε παραγγελίας αναφέρεται μεταξύ άλλων η εκκρεμής σύμβαση στην οποία αφορά καθώς και η ανάγκη που η παραγγελία αυτή καλύπτει, με την άρνηση εκτέλεσης της υπ' αριθ. 319/03.01.2012 παραγγελίας της ΣΕΡΚΟ. Η ΣΕΡΚΟ ζήτησε εκ νέου με τηλεομοιοτυπία στις 05.03.2012 να προβεί η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην εκτέλεση της υπ' αριθμ. 319/03.01.2012, καθώς και της υπ' αριθ. 322/05.03.2012 παραγγελίας της.
271. Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με το από 22.03.2012 μήνυμα ηλεκτρονικής επικοινωνίας της κάλεσε τη ΣΕΡΚΟ να αποστέλλει παραγγελίες σύμφωνα με όσα της είχε υποδείξει με το από 15.12.2011 εξώδικό της και να εκτελέσει όσα την καλούσε να κάνει με το από 11.08.2010 εξώδικό της⁴¹⁶. Επισημαίνεται ότι στο από 11.08.2010 εξώδικό της η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ καλούσε, μεταξύ άλλων τη ΣΕΡΚΟ να της παραδώσει αντίγραφο του αρχείου πελατών της και εγκαταστάσεων που έχει εξυπηρετήσει εντός της τελευταίας δεκαετίας και να παράσχει έγγραφη απόδειξη της

Η εν λόγω αύξηση επιβεβαιώνεται και από μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, που βρέθηκε κατά τη διάρκεια του ελέγχου, με τίτλο «Απάντηση ΜΡ στην παραγγελία Serco αρ. 314», στο οποίο αναφέρεται: «Αγαπητοί, σας στέλνω την απάντηση που στείλαμε στην Serco για την παραγγελία της. Οι τιμές στο προτιμολόγιο έχουν ένα [...] περιθώριο από την τιμή Gambro.»

⁴¹³ Οι όροι πληρωμών της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ όπως προκύπτουν από τα σχετικά προσκομισθέντα παραστατικά είναι [...] και [...] των προϊόντων.

⁴¹⁴ Στην υπ' αριθ. πρωτ 1367/19.02.2015, η ΣΕΡΚΟ επισημαίνει επίσης «Η Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ, στην πλέον κρίσιμη περίοδο διενέργειας των διαγωνισμών των Νοσοκομείων δεν δίστασε να μας κοινοποιήσει την από 15-12-2011 εξώδικη δήλωσή της (Σχ. 63 του υπ' αριθμ. πρωτ. 8510/21-12-2011 συμπληρωματικού υπομνήματός μας) σύμφωνα με την οποία δεν θα εκτελεί πλέον τις παραγγελίες μας σε ανταλλακτικά. Την απόφασή της μάλιστα αυτή την υλοποίησε αρνούμενη να εκτελέσει την υπ' αριθμ. 319/03-01-2012 παραγγελία μας.»

⁴¹⁵ Επιπλέον, επισημαίνεται ότι στην υπ' αριθ. πρωτ.1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προσκομίζεται, ως σχετικό 1-6 την από 23.11.2011 επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, του κ. Καρύδη (πληρεξουσίου δικηγόρου της ΣΕΡΚΟ) προς την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με κοινοποίηση στην GAMBRO, με το οποίο της ζητά, μεταξύ άλλων, να της προσκομίσει βεβαίωση για την απρόσκοπτη τροφοδοσία της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά και περί της ιδιότητάς της ως εξουσιοδοτημένου παρόχου για τις υπηρεσίες συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO.

Βλ. υπ' αριθ. πρωτ 8510/21.12.2011 Υπόμνημα και Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ. Ως σχετικά 61 και 62 η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε επιστολές προς τις δύο πρώτες καταγγελλόμενες με τις οποίες τις καλούσε να της προσκομίσουν βεβαίωση για την απρόσκοπτη τροφοδοσία της ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά και περί της ιδιότητάς της ως εξουσιοδοτημένου παρόχου για τις υπηρεσίες συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO. Επίσης προσκόμισε ως σχετικό 63 το από 15.12.2011 εξώδικο της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προς τη ΣΕΡΚΟ με το οποίο η εταιρία δηλώνει ότι «Σε απάντηση των από 13.10.2011, 23.11.2011 και 14.12.2011 επιστολών σας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ... 1. Μετά την από 11 Αυγούστου 2010 καταγγελία της μεταξύ μας σύμβασης υπερβολαβίας, ουδεμία έχετε αξίωση να σας παρασχεθεί ο' τιδήποτε απ' όσα με τις επιστολές αυτές ζητάτε.»

⁴¹⁶ Εκ παραδρομής στην επιστολή η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ γράφει ότι το Εξώδικο είχε ημερομηνία 13 και όχι 11.

σύναψης και διάρκειας κάθε σύμβασης παροχής τεχνικών υπηρεσιών προς τρίτους⁴¹⁷. Τέλος την καλεί με τη λήξη της τελευταίας εκ των εκκρεμών συμβάσεων, να της παραδώσει το τεχνικό και λοιπό υλικό που αφορά προϊόντα και υπηρεσίες επί προϊόντων GAMBRO, όπως και το απόθεμα σε αχρησιμοποίητα ανταλλακτικά GAMBRO.

272. Στη συνέχεια η ΣΕΡΚΟ ζήτησε εκ νέου με το από **30.03.2012** μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να προβεί στην εκτέλεση των υπ' αριθμ. 319/3-1-2012 και 322/5-3-2012 παραγγελιών της σε ανταλλακτικά. Στην επιστολή της αυτή ανέφερε ρητά ότι η εκτέλεση των σχετικών παραγγελιών αφορά «*εκκρεμείς συμβάσεις που έχει σήμερα η εταιρία μας (...) για την κάλυψη τακτικών και έκτακτων αναγκών*», απέστειλε δε και συνημμένη λίστα των νοσοκομείων με τα οποία είχε εκκρεμείς συμβάσεις που έπρεπε να εξυπηρετηθούν (επρόκειτο σε σύνολο για 38 νοσοκομεία).
273. Τέλος, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με το από **04.04.2012** μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της, κάλεσε για άλλη μια φορά τη ΣΕΡΚΟ «(α) να πράξετε όσα σας καλέσαμε να κάνετε με την από 13.8.2010 εξώδικό μας, (β) να παύσετε να μας αποστέλλετε επιστολές για οιοδήποτε άλλο θέμα πλην αυτών που σχετίζονται άμεσα με αυτά». Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με το εν λόγω μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου «*εναρμονισμένη πλήρως με τη καταχρηστική συμπεριφορά της GAMBRO εμμένει ... στην αδικαιολόγητη άρνησή της να εκτελέσει τις παραγγελίες μας*»⁴¹⁸.
274. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, μέχρι την 16/01/2014 που παρέλαβε καθαρογραμμένη την απόφαση 5667/2013 του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η εταιρία «*βίωσε το παράνομο και αντι-ανταγωνιστικό μποϋκοτάζ ανταλλακτικών από τις καταγγελλόμενες το οποίο κρίθηκε από την ανωτέρω απόφαση ως παραβίαση του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3959/2011*». Κατά τα έτη 2012 και 2013 και μέχρι την δημοσίευση και καθαρογραφή της υπ' αρ. 5667/2013 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, οι περιπτώσεις πώλησης ανταλλακτικών από την ΣΕΡΚΟ περιορίστηκαν σημαντικά και αφορούσαν σε ανταλλακτικά για τα οποία τύγγανε να διαθέτει stock στην αποθήκη της από τα προηγούμενα χρόνια⁴¹⁹.
275. Σε συνέχεια της Απόφασης 5667/2013 του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθήνας, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αποδεχόταν πλέον την εκτέλεση των παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ⁴²⁰, αλλά με αυθαίρετους και διακριτικούς, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, όρους. Συγκεκριμένα πωλούσε πλέον τα ανταλλακτικά στη ΣΕΡΚΟ στις ίδιες τιμές με αυτές που τα τιμολογούσε στους τελικούς καταναλωτές, δηλαδή τα Δημόσια Νοσοκομεία. Επίσης ο μέσος χρόνος παράδοσης ανταλλακτικών από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στη ΣΕΡΚΟ ανερχόταν πλέον στις 16,18 ημέρες⁴²¹.
276. Την 1^η Σεπτέμβριο του 2011 η ΣΕΡΚΟ έστειλε επιστολές σε εταιρίες του Ομίλου GAMBRO σε διάφορες χώρες μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τις οποίες αναζητούσε τη δυνατότητα συνεργασίας για την προμήθεια ανταλλακτικών για μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO. Συγκεκριμένα η ΣΕΡΚΟ, προκειμένου να

⁴¹⁷ Στον πίνακα που περιλαμβάνεται στο από 22.6.2010 εξώδικο της ΣΕΡΚΟ προς εταιρίες του Ομίλου GAMBRO.

⁴¹⁸ Υπ' αριθ. πρωτ. 3437/11.04.2012 Συμπληρωματικό Υπόμνημα και Αίτηση της ΣΕΡΚΟ, Ηλεκτρονική αλληλογραφία Μαρτίου – Απριλίου 2012. (Σχετ. 87 – 90).

Επίσης σχετ. 23 και 24 της υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητικής επιστολής της ΣΕΡΚΟ.

⁴¹⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

⁴²⁰ Με την υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε όλες τις παραγγελίες που έχει εκτελέσει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ από την έκδοση της υπ' αριθμ. 5667/2014 απόφασης έως και την κατάθεση της επιστολής (Σχετ. 33).

⁴²¹ Υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή ΣΕΡΚΟ.

αγοράσει ανταλλακτικά, απευθύνθηκε μέσω επιστολών σε συνολικά δεκατρείς θυγατρικές της GAMBRO:

A/A	ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΧΩΡΑ
1	[...]	ΣΛΟΒΑΚΙΑ (Bratislava)
2	[...]	ΠΟΛΩΝΙΑ (Warszawa)
3	[...]	ΤΣΕΧΙΑ (Prerov)
4	[...]	ΒΕΛΓΙΟ (Zaventem)
5	[...]	ΓΑΛΛΙΑ (Meyzieu Cedex)
6	[...]	ΕΛΒΕΤΙΑ (Kilchberg)
7	[...]	ΙΤΑΛΙΑ (Bologna)
8	[...]	ΓΕΡΜΑΝΙΑ (Grobenzell)
9	[...]	ΓΑΛΛΙΑ (Colombes Cedex)
10	[...]	ΝΟΡΒΗΓΙΑ (Vear)
11	[...]	ΔΑΝΙΑ (Vallensbaek)
12	[...]	ΦΙΝΛΑΝΔΙΑ (Helsinki)
13	[...]	ΑΥΣΤΡΙΑ (Weiner Neudorf)

Η καταγγέλλουσα δεν είχε λάβει από τις εν λόγω εταιρίες, μέχρι την 28 Σεπτεμβρίου 2011, καμία απάντηση⁴²².

277. Η ΣΕΡΚΟ έστειλε επίσης επιστολή στην GAMBRO με την οποία της ζητούσε να την ενημερώσει σχετικά με τους εξουσιοδοτημένους διανομείς ανταλλακτικών για μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO στην Ε.Ε. προκειμένου να απευθυνθεί σε εκείνους για την τακτική προμήθεια ανταλλακτικών⁴²³. Η GAMBRO στην επιστολή της ΣΕΡΚΟ απήντησε ότι δεν αντιλαμβάνεται πως επηρεάζει το γεγονός ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι ανταγωνίστρια της ΣΕΡΚΟ, την τακτική προμήθεια ανταλλακτικών από αυτή, δεδομένου ότι και άλλοι αγοραστές προμηθεύονται ανταλλακτικά από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ χωρίς καμία διάκριση. Η GAMBRO ανέφερε ότι εξ όσων γνωρίζει, δεν υπήρξε καμία προσπάθεια εκ μέρους της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να εμποδίσει τις δραστηριότητες της καταγγέλλουσας. Θεωρεί δε ότι η ΣΕΡΚΟ προσχηματικά απευθύνθηκε στις θυγατρικές του Ομίλου GAMBRO σε άλλες χώρες της Ευρώπης για την προμήθεια ανταλλακτικών και διευκρινίζει ότι η GAMBRO είναι διακριτή νομική οντότητα από τις άλλες εταιρίες του Ομίλου που εδρεύουν σε άλλες χώρες της Ευρώπης. Η ανταπόκριση των εταιριών αυτών στην αλληλογραφία της ΣΕΡΚΟ όπως και η συνεργασία τους με αυτή είναι απόφαση αποκλειστικά των διοικήσεών τους⁴²⁴.

278. Στην απάντηση της GAMBRO δεν περιλαμβάνεται λίστα με τους εξουσιοδοτημένους διανομείς του Ομίλου GAMBRO σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην Ευρώπη. Σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, με τη στάση της

⁴²² Σχετικά 25 έως 37 του υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης της ΣΕΡΚΟ.

⁴²³ Επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της ΣΕΡΚΟ προς τη GAMBRO στις 14 Σεπτεμβρίου 2011 (σχετικό 38 του υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης της ΣΕΡΚΟ).

⁴²⁴ Επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ στις 26 Σεπτεμβρίου 2011 (σχετικό 39 του υπ' αριθ. πρωτ. 6108/30.09.2011 Συμπληρωματικού Υπομνήματος και Αίτησης της ΣΕΡΚΟ).

Σχετικά με το επιχείρημα αυτό η ΣΕΡΚΟ επισημαίνει ότι στο δίκαιο του ανταγωνισμού οι όμιλοι επιχειρήσεων αποτελούν ενιαία επιχείρηση.

αυτή η GAMBRO αποστέρει από τη ΣΕΡΚΟ τη δυνατότητα να αναζητήσει άλλη πλέον συμφέρουσα πηγή προμήθειας με την παράλληλη εισαγωγή είτε από άλλες εταιρίες του Ομίλου ή άλλους διανομείς σε άλλες χώρες μέλη της ΕΕ.

279. Η ΣΕΡΚΟ πραγματοποίησε περαιτέρω προσπάθειες για την παραγγελία ανταλλακτικών από άλλες εταιρίες πέραν της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και το 2012. Τον Ιανουάριο του 2012 η εταιρία πραγματοποίησε επικοινωνία με εταιρία που εξειδικεύεται στην πώληση ανταλλακτικών για μηχανήματα τεχνητού νεφρού⁴²⁵. Ενώ αρχικά η εκπρόσωπος της εταιρίας απαντά ότι έχει τη δυνατότητα να την προμηθεύσει με τα ανταλλακτικά που εκείνη ζητούσε, εν συνεχεία της αναφέρει ότι «έχουν επικοινωνήσει εκ νέου με την Gambro και δεν έχουν νέα τους». Τον Μάρτιο του 2012 η ΣΕΡΚΟ πραγματοποίησε επικοινωνία με τον [...] ⁴²⁶, όπου σε σχετικό αίτημα της ΣΕΡΚΟ για προμήθεια ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, της αναφέρει ότι είχε επικοινωνία με την GAMBRO και αν και στην αρχή όλα φαινόταν καλά, τους ρώτησαν αν έχουν πιστοποιημένο τεχνικό. Επίσης ήταν διστακτικοί και έκαναν πολλές ερωτήσεις. Στη συνέχεια αναφέρει ότι θα πίεζε τη GAMBRO περισσότερο αλλά δεν ξέρει αν αυτό αξίζει. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, αυτό υπονοούσε «εμμέσως πλην σαφώς ότι αν η gambro μάθει ότι μας προμηθεύει με ανταλλακτικά θα διακόψει και στον ίδιο την παροχή ανταλλακτικών». Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, από την ως άνω αλληλογραφία «προκύπτει η αδυναμία παράλληλων εισαγωγών ανταλλακτικών, διότι η gambro δεν παρέχει σε κανέναν άλλον, πέραν των αποκλειστικών διανομέων της, αυτή τη δυνατότητα προκύπτει ότι αποκλείεται για μας, αλλά και για κάθε άλλη επιχείρηση που ενδιαφέρεται να δραστηριοποιηθεί στη σχετική αγορά, κάθε άλλη πηγή προμήθειας ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού της GAMBRO και συναφώς και η παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών από άλλες πηγές προμήθειας, καθώς, σύμφωνα με τις οδηγίες του προμηθευτή - παραγωγού των μηχανημάτων και των ανταλλακτικών, είναι υποχρεωτική η συνεργασία μας (αλλά και κάθε άλλης ενδιαφερόμενης επιχείρησης) με τον τοπικό (για την Ελλάδα) αποκλειστικό διανομέα για την προμήθεια των αναγκαίων ανταλλακτικών.»

280. Από την 1^η Ιανουαρίου 2016 την αποκλειστική διανομή των ανταλλακτικών για τα μηχανήματα GAMBRO ανέλαβε η ΜΠΑΞΤΕΡ. Η ΣΕΡΚΟ απέστειλε στην εταιρία, στις 7 Ιανουαρίου 2016 παραγγελία ανταλλακτικών για μηχανήματα GAMBRO, η οποία δεν εκτελέστηκε, αν και στις 14 Ιανουαρίου 2016 η ΣΕΡΚΟ έστειλε εκ νέου αίτημα για την ίδια παραγγελία⁴²⁷. Στις 25 Ιανουαρίου 2016 η ΣΕΡΚΟ απέστειλε στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προς εκτέλεση την ίδια υπ' αριθμ. 354/25-01-2016 παραγγελία ανταλλακτικών⁴²⁸ την οποία η εν λόγω εταιρία αρνήθηκε να εκτελέσει, καθώς και οποιαδήποτε άλλη εφεξής, ισχυριζόμενη ότι έληξε η συνεργασία της με τον προμηθευτή των εν λόγω ανταλλακτικών⁴²⁹.

⁴²⁵ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 41 του 5858/5.10.2015 ηλεκτρονική αλληλογραφία με την [...].

⁴²⁶ Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 42 του 5858/5.10.2015 ηλεκτρονική αλληλογραφία με τον [...]. Δεν διευκρινίζεται η ιδιότητά του ή η εξειδίκευση της εταιρίας στην οποία εργάζεται. Από τα μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προκύπτει ότι είναι ο [...].

⁴²⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 Καταγγελία – Αίτημα Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

Η ΣΕΡΚΟ σημειώνει ότι μέχρι την ημέρα κατάθεσης του Υπομνήματος και παρά την πάροδο σημαντικού χρονικού διαστήματος, ούτε η ΜΠΑΞΤΕΡ έχει ικανοποιήσει το αίτημά της παρά τις επανειλημμένες οχλήσεις της (βλ. την από 3-2-2016 εξώδικη δήλωση της (Σχετικό 6 του υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ).

⁴²⁸ Σχετικό 1 της υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 Καταγγελίας – Αιτήματος Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

⁴²⁹ Η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έστειλε την από 27-1-2016 ηλεκτρονική επιστολή – απάντηση, η οποία επισυνάπτεται ως σχετικό 2 της υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 Καταγγελίας – Αιτήματος Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

281. Ενόψει της διαμορφωθείσας ασφυκτικής κατάστασης για τη ΣΕΡΚΟ σχετικά με την προμήθεια ανταλλακτικών, η εταιρία απέστειλε στη ΜΠΑΞΤΕΡ την από 03.02.2016 εξώδικη δήλωση διαμαρτυρία και πρόσκληση, με την οποία την καλεί να εκτελέσει την επίμαχη παραγγελία της, αλλά και κάθε άλλη μελλοντική παραγγελία της σε ανταλλακτικά αναγκαία για την παραμονή της στη σχετική αγορά συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού⁴³⁰. Την εξώδικη δήλωση η ΣΕΡΚΟ γνωστοποίησε και στη μητρική εταιρία του Ομίλου Baxter, την εταιρία Baxter International Inc με την από 09.02.2016 επιστολή της⁴³¹.
282. Σε σχετική ερώτηση που απηύθυνε η Υπηρεσία στην ΜΠΑΞΤΕΡ⁴³², η εταιρία απάντησε πως δεν πουλάει ανταλλακτικά στη ΣΕΡΚΟ, διότι «ο Όμιλος Baxter αποφάσισε να εφαρμόσει ένα καθετοποιημένο σύστημα οργάνωσης της διάθεσης των ιατρικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής αυτών με τη χρήση των αναγκαίων προς τούτο ανταλλακτικών στην ελληνική αγορά. Ακριβώς η ύπαρξη ανεξάρτητων παροχών υπηρεσιών συντήρησης αποτελεί μη συμβατό μοντέλο προς το προκριθέν καθετοποιημένο μοντέλο οργάνωσης.» Η εταιρία συμπληρώνει επίσης ότι «ένας από τους βασικούς λόγους για τους οποίους η Εταιρία αποφάσισε να εφαρμόσει το ως άνω μοντέλο οργάνωσης, ήταν η διαπίστωση ύπαρξης συστημικού προβλήματος πλημμελούς παροχής υπηρεσιών συντήρησης με τη χρήση ανταλλακτικών. Η μη εφαρμογή ενός καθετοποιημένου μοντέλου οργάνωσης, ως το προκριθέν, θα έθετε σε μεγάλο κίνδυνο τη Δημόσια Υγεία καθώς και τα εύλογα συμφέροντα της Εταιρίας μας, διακυβεύοντας τη φήμη της και το εμπορικό της όνομα.»⁴³³. Ωστόσο, το ειλικρινές ενδιαφέρον για τη δημόσια υγεία θα έπρεπε να εκδηλωθεί και σε ό,τι αφορά την προμήθεια ανταλλακτικών σε ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ τουλάχιστον για τις εκκρεμείς συμβάσεις που αυτές είχαν με δημόσια νοσοκομεία, χωρίς να απαιτείται η προηγούμενη έκδοση δικαστικών αποφάσεων για το σκοπό αυτό. Εντούτοις, στο πλαίσιο της ακροαματικής διαδικασίας προέκυψε και

⁴³⁰ Σχετικό 6 της 1437/24.02.2016 Καταγγελίας – Αιτήματος Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ. Βλ αναλυτικά ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β - ΕΞΩΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

⁴³¹ Σχετικό 12 της υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 Καταγγελία – Αίτημα Ασφαλιστικών Μέτρων της ΣΕΡΚΟ.

⁴³² Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 3955/13.07.2017 ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

⁴³³ Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

Η πλημμελής παροχή υπηρεσιών συντήρησης, σύμφωνα με την από 15.09.2017 τεχνική έκθεση του [...] Τμήματος Τεχνικής Υποστήριξης για Ελλάδα και Κύπρο της [...], συνοψίζονται στις ακόλουθες: (1) χρήση κατά τη συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO μη γνήσιων ανταλλακτικών ήτοι ανταλλακτικών τα οποία δεν προέρχονται από τον κατασκευαστικό οίκο, (φίλτρα αέρος, μπαταρίες), (2) τεχνικός αδιανόητη και εξαιρετικά επικίνδυνη για την υγεία και τη ζωή των ασθενών επέμβαση στο μηχανολογικό σχέδιο του ιατρικού μηχανήματος τεχνητού νεφρού και παραποίηση αυτού, (3) επισκευή ελαττωματικών ανταλλακτικών και χρήση εκ νέου αυτών, χωρίς την αναγκαία τεχνική γνώση, χωρίς την αναγκαία προς τούτο υλικοτεχνική υποδομή, και χωρίς, προφανώς, τη σχετική πιστοποίηση την οποία έχει μόνον ο ίδιος ο κατασκευαστικός οίκος, (4) παρέκκλιση από το πρωτόκολλο του κατασκευαστή όσον αφορά στην τακτική αντικατάσταση του ελάχιστου αριθμού αναγκαίων ανταλλακτικών και (5) παροχή υπηρεσιών συντήρησης άνευ εφαρμογής των σχετικών πρόσφατων ενημερώσεων (updates), υποχρεωτικών και προαιρετικών, όσον αφορά (α) στο λογισμικό των μηχανημάτων, (β) στο υλικό αυτών, και, (γ) στις μεθόδους προληπτικής και επανορθωτικής συντήρησης.

Κατά τα αναφερόμενα στην ανωτέρω έκθεση, οι εν λόγω πλημμέλειες διαπιστώθηκαν κατά περίπτωση σε μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO που βρίσκονται στην [...]. Η ΜΠΑΞΤΕΡ σημειώνει ότι πέραν των αναφερόμενων στην εν λόγω Τεχνική Έκθεση περιπτώσεων και προσκομιζόμενων στοιχείων αναφορικά με το [...], τα οποία ενδεικτικά επικαλείται ο [...], η εταιρία διαθέτει κι άλλα Δελτία Τεχνικού Ελέγχου, τα οποία μπορεί να προσκομίσει στη ΓΔΑ εφόσον κριθεί απαραίτητο. Αναλυτικά προσκομίστηκε και η Τεχνική Έκθεση του [...] ως σχετικό 7.

αποδείχτηκε το ακριβώς αντίθετο: ότι, δηλαδή, ακόμη και για τις εκκρεμείς συμβάσεις δεν δίνονταν ανταλλακτικά σε ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ⁴³⁴.

283. Μετά και την άρνηση της ΜΠΑΞΤΕΡ να προμηθεύσει τη ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, η ΣΕΡΚΟ άσκησε εναντίον της ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών την από 21-3-2016 με αριθμ. κατάθ. 12931/2312/2016 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων με αίτημα να υποχρεωθεί να εκτελεί τις απευθυνόμενες σε αυτήν ανά μήνα παραγγελίες ανταλλακτικών. Παράλληλα αιτήθηκε και την χορήγηση προσωρινής διαταγής, για την εκτέλεση των υπ' αριθμ. 353/7-1-2016 και 355/10-03-2016 παραγγελιών της σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, καθώς επίσης και κάθε άλλης

⁴³⁴ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 18.02.2019, σελ. 52-53]: «[...]: Ζήτησα υλικά, συγγνώμη, ζήτησα υλικά για τις εκκρεμείς συμβάσεις... Δεν τα πήρα.

ΟΜΙΛΗΤΗΣ: Μην απαντάτε.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Παρακαλώ, μα δεν είναι...

ΟΜΙΛΗΤΗΣ: Απαντάνε οι δικηγόροι.

[...]: Όχι, δεν τα πήρα παρόλα αυτά, παρόλο που το είπε, δεν τα έχω πάρει τα ανταλλακτικά αυτά ποτέ.

Τα έχω ζητήσει και με e-mail και με παραγγελίες γραπτές.». Βλ. επίσης κατάθεση του ίδιου, ό.π., σελ. 53: «Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Για τις εκκρεμείς συμβάσεις πάντοτε λοιπόν αναφέρεστε, για αυτές τις συμβάσεις που ήταν σε εκκρεμότητα.

[...]: Εγώ ήθελα να εξυπηρετήσω καταρχήν τις συμβάσεις μου, έτσι;

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ωραία.

[...]: Και ήθελα φυσικά, αν με ρωτάτε, ήθελα να συνεχίσω όσο μπορώ να συντηρώ τα μηχανήματα αυτά τα οποία είχα την τεχνογνωσία. Αν είχα ανταλλακτικά και αύριο, ίσως ενδεχομένως να πήγαινα να κάνω συντήρηση και σε άλλα μηχανήματα. Αυτή είναι η απάντησή μου. Αύριο αν έχω εγώ ανταλλακτικά και μπορώ να προμηθευτώ από μία επίσημη πηγή ανταλλακτικά, θα πηγαίνω, θα κάνω συντήρηση όσο μπορώ.».

Βλ. επίσης κατάθεση του ίδιου [ό.π., σελ. 63-64]: «Α. ΝΑΚΟΥ: Ήθελα αν μπορεί να μας επιβεβαιώσετε αυτό που είχα σημειώσει νωρίτερα, ότι και σε εκκρεμείς παραγγελίες που είχατε ή μάλλον σε εκκρεμή σύμβαση που είχατε με τη ΒΑΧΤΕΡ κάποια ανταλλακτικά δεν τα λάβατε. Ισχύει;

[...]: Ναι, ναι.

ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

Α. ΝΑΚΟΥ: Από τη GAMBRO. Ήτανε...

[...]: Απ' τα ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

Α. ΝΑΚΟΥ: Από τα ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ήταν εκκρεμής, αλλά ήρθε εντωμεταξύ ο όμιλος ΒΑΧΤΕΡ στην Ελλάδα και για αυτές τις συμβάσεις ακόμα δεν λάβατε ανταλλακτικά.

[...]: Δεν έχουμε λάβει.

Α. ΝΑΚΟΥ: Λάβατε κάποια αιτιολόγηση ως προς αυτό; Πέραν της αλλαγής της δομής στην ελληνική αγορά;

[...]: Σε μορφή ηλεκτρονικού μηνύματος είχα λάβει ότι δεν θα μας προμηθεύει σε... Ναι, συγγνώμη, δεν θα προμηθεύει ανταλλακτικά σε μη συμβεβλημένους.

Α. ΝΑΚΟΥ: Μα ήσασταν μη συμβεβλημένος αφού είχατε σύμβαση;

[...]: Είχα σύμβαση, είχε λήξει η σύμβαση από τη στιγμή...

Α. ΝΑΚΟΥ: Εγώ γι' αυτό ρώτησε για εκκρεμή... για εν ισχύ σύμβαση εγώ κατάλαβα.

[...]: Εν ισχύ σύμβαση νοσοκομείων.

Α. ΝΑΚΟΥ: Σε εν ισχύ σύμβαση με το νοσοκομείο, αλλά μετά τη λήξη της σύμβασής μας με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

[...]: Ναι. Σωστά.». Βλ. και σχετική διευκρίνιση από το δικηγόρο του [...] [ό.π., σελ. 65-66]: «Σ. ΤΣΕΛΙΟΣ: Κα Πρόεδρε, θα κάνουμε την εξής... Επειδή πρέπει να είμαστε δίκαιοι με όλες τις αντίδικες πλευρές θα κάνουμε την εξής διευκρίνιση. Επαναλαμβάνουμε λοιπόν ότι υπήρχανε εκκρεμείς συμβάσεις με τα νοσοκομεία για τις οποίες μάλιστα είχε χορηγηθεί πιστοποιητικό παροχής ανταλλακτικών από την GAMBRO LUNDIA. Αυτές λοιπόν τις εκκρεμείς συμβάσεις όταν εξαγοράστηκε η ΒΑΧΤΕΡ και δημιούργησε το δικό της, τη δική της καθετοποίηση στην αγορά, αρνήθηκε να μας παρέχει ανταλλακτικά για να τις εκτελέσουμε. Αναγκαστήκαμε λοιπόν να χρησιμοποιήσουμε ό,τι ανταλλακτικά υπήρχε στο στοκ και να ψάχνουμε εναγωνίως σε όλο τον κόσμο, το λέω ξεκάθαρα, σε όλο τον κόσμο για να βρίσκουμε κάθε φορά ένα ανταλλακτικό το οποίο μας χρειαζόταν και να το πληρώνουμε σε τιμή δυσθεώρητη. Αυτό, αφού είχαν προηγηθεί επανειλημμένες αιτήσεις προς τη GAMBRO, προς τη ΒΑΧΤΕΡ να εξυπηρετήσει αυτές τις συμβάσεις αλλά και αφού είχαν προηγηθεί παράλληλα e-mail προς όλους τους αντιπροσώπους της GAMBRO ανά την Ευρώπη και όπου αλλού κοντά ώστε να μπορέσουμε να πάρουμε ανταλλακτικά.».

παραγγελίας της σε ανταλλακτικά μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κύριας αίτησής της. Ο Πρόεδρος Υπηρεσίας δέχθηκε το αίτημα προσωρινής διαταγής και υποχρέωσε την ΜΠΑΞΤΕΡ «(..) να εκτελέσει τις αναφερόμενες στην κρινόμενη αίτηση, υπ' αριθ. 353/07-01-16 και 355/10-03-16 παραγγελίες ..., καθώς και κάθε άλλη παραγγελία σε ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού gambro που η αιτούσα θα της απευθύνει, σύμφωνα με τον τιμοκατάλογο χονδρικής και όχι λιανικής και χωρίς να θέτει διακριτικούς όρους, σύμφωνα και με τα ειδικότερα αιτούμενα στο αιτητικό της κρινόμενης αίτησης ως προς το αίτημα χορήγησης προσωρινής διαταγής. Όλα τα ανωτέρω μέχρι τη συζήτηση της ένδικης αίτησης και με τον όρο συζήτησής της κατά την ορισθείσα δικάσιμο».

284. Κατόπιν των ανωτέρω η ΜΠΑΞΤΕΡ εκτέλεσε τις παραγγελίες της ΣΕΡΚΟ σε τιμές όμως λιανικής (ή ακόμα υψηλότερες) και όχι χονδρικής⁴³⁵. Αυτό δε παρά τη σχετική αντίδραση της ΣΕΡΚΟ και τις επιφυλάξεις που διατύπωσε ως προς τις προτεινόμενες τιμές πώλησης, οι οποίες ήταν τιμές λιανικής και όχι χονδρικής, όπως επέτασσε η προαναφερόμενη προσωρινή διαταγή⁴³⁶.
285. Επί της από 21.03.2016 αίτησης ασφαλιστικών που είχε ασκήσει η ΣΕΡΚΟ κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών δημοσιεύτηκε στις 13.03.2017 η υπ' αρ. 2153/2017 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, η οποία απέρριψε την αίτησή της ως νομικά αβάσιμη, με το σκεπτικό ότι ήγε σε ικανοποίηση δικαιώματος. Κατόπιν τούτου, έπαυσε και η ισχύς της από 28.03.2016 προσωρινής διαταγής που της είχε χορηγηθεί δυνάμει της οποίας προμηθεύταν ανταλλακτικά από ΜΠΑΞΤΕΡ, με αποτέλεσμα η ΣΕΡΚΟ να μην μπορεί πλέον να προμηθεύεται ανταλλακτικά από την ΜΠΑΞΤΕΡ. Συγκεκριμένα, η ΣΕΡΚΟ απέστειλε στην ΜΠΑΞΤΕΡ την υπ' αρ. 380/15.3.17 παραγγελία της σε ανταλλακτικά, την οποία όμως η τελευταία αρνήθηκε να εκτελέσει⁴³⁷.
286. Η ΣΕΡΚΟ με νέα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ζήτησε να ανακληθεί η υπ' αριθ. 2153/2017 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, ώστε αφού γίνει δεκτή η αίτηση, να διαταχθούν τα αιτούμενα ασφαλιστικά μέτρα. Επί της νέας αίτησης ασφαλιστικών εκδόθηκε η υπ' αριθ. 176/2017 Απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών η οποία έκανε δεκτή την αίτηση της ΣΕΡΚΟ και υποχρέωσε προσωρινά τη ΜΠΑΞΤΕΡ να εκτελεί τις παραγγελίες ανταλλακτικών που θα της απευθύνει η ΣΕΡΚΟ εφαρμόζοντας τις τιμές χονδρικής πώλησης και χωρίς να θέτει διακριτικούς όρους.

⁴³⁵ Στο υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.206 Υπόμνημά της η ΣΕΡΚΟ ενδεικτικά αναφέρει ότι το ανταλλακτικό με στοιχεία «K40228003- PRESSURE TRANSDUCER KIT COMPL» το αγόρασε από την ΜΠΑΞΤΕΡ στην τιμή των [...] ευρώ, όπως αποδεικνύεται από το τιμολόγιο με αριθμό 101420/8-4-2016 (Σχετ. 6), ενώ το ίδιο ανταλλακτικό η ΜΠΑΞΤΕΡ το πώλησε στην ίδια αυτή τιμή των [...] ευρώ στο Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο Ιωαννίνων, όπως αποδεικνύεται από την υπ' αρ. πρωτ. 1520/21-1-2016 απόφαση προμήθειας ανταλλακτικών (Σχετ. 7).

Το ανταλλακτικό με στοιχεία «KI3467001 SUCTION TUBE BLUE» η ΣΕΡΚΟ το αγόρασε από την ΜΠΑΞΤΕΡ στην τιμή των [...] ευρώ, όπως αποδεικνύεται από το τιμολόγιο με αριθμό 6030/22-4-2016 (Σχετ. 8), ενώ το ίδιο ανταλλακτικό η ΜΠΑΞΤΕΡ πώλησε στην τιμή [...] Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο Ηρακλείου, όπως αποδεικνύεται από την υπ' αρ. πρωτ. 4095/18-3-2016 σύμβαση προμήθειας ανταλλακτικών (Σχετ. 9).

⁴³⁶ Με το υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.206 Υπόμνημά της, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 2 την από 01.04.2016 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ προς τη ΣΕΡΚΟ, ως σχετικό 3 την από 04.04.2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς την ΜΠΑΞΤΕΡ, ως σχετικό 4 την από 05.04.2016 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ προς την ΣΕΡΚΟ και ως σχετικό 5 την από 06.04.2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς την ΜΠΑΞΤΕΡ.

⁴³⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 2132.06.04.2017 Υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ.

Αποκλεισμός της ΣΕΡΚΟ από την ενημέρωση επί τεχνικών ζητημάτων για τα μηχανήματα GAMBRO

287. Τον Φεβρουάριο του 2012 η GAMBRO προχώρησε στον αποκλεισμό των τεχνικών της ΣΕΡΚΟ από τα εκπαιδευτικά σεμινάρια της σχετικά με τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού⁴³⁸. Την ίδια περίοδο, διέκοψε και την πρόσβαση της ΣΕΡΚΟ στο δίκτυο τεχνικών πληροφοριών σχετικά με τα μηχανήματα της, στο οποίο η ΣΕΡΚΟ είχε πρόσβαση για πολλά χρόνια, με κωδικούς που της χορηγούσε η GAMBRO. Από το εν λόγω δίκτυο η εταιρία ενημερωνόταν για όλες τις νέες τεχνικές αλλαγές και οδηγίες του κατασκευαστή⁴³⁹.
288. Η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι η πρόσβαση των τεχνικών της στα σεμινάρια εκπαίδευσης που οργανώνει ο κατασκευαστής οίκος είναι απαραίτητη για την άσκηση της δραστηριότητάς της, ως παρόχου υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής GAMBRO. Επίσης, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα η μη πρόσβασή της στο τεχνικό δίκτυο της GAMBRO είναι ιδιαίτερα μεγάλης σημασίας, διότι θέτει αυτόματα σε κίνδυνο μεγάλο πλήθος μηχανημάτων που συντηρεί. Εάν για παράδειγμα η κατασκευάστρια GAMBRO εκδώσει μία οδηγία για κάποια υποχρεωτική αλλαγή λογισμικού στα μηχανήματα της, η εταιρία δεν θα γνωρίζει γι' αυτό, έτσι ώστε να μπορέσει να ανταποκριθεί⁴⁴⁰. Η αδυναμία πρόσβασης της ΣΕΡΚΟ στο τεχνικό δίκτυο της GAMBRO έχει αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της από διαγωνισμούς⁴⁴¹.

⁴³⁸ Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ ενώ είχε εγκριθεί η συμμετοχή τεχνικού της ΣΕΡΚΟ σε εκπαιδευτικό σεμινάριο (με την από 19.01.2012 επιστολή της GAMBRO, συνημμένο Α της από 1463/17.02.2012 επιστολής της ΣΕΡΚΟ), και αυτός ταξίδεψε στη Σουηδία και άρχισε την εκπαίδευση του τη Δευτέρα 13.02.2012, στη συνέχεια, στις 15.02.2012, του ανακοινώθηκε, μέσω του υπεύθυνου του σεμιναρίου εκπαίδευσης, εντελώς αιφνιδιαστικά και ανατιολόγητα, ότι θα πρέπει να αποχωρήσει από το σεμινάριο εκπαίδευσης. Η εταιρία στο παρελθόν είχε πρόσβαση στα σχετικά εκπαιδευτικά σεμινάρια (σχετικό 14 καταγγελίας).

⁴³⁹ Τελευταία φορά που η ΣΕΡΚΟ είχε πρόσβαση ήταν στις 15.02.2012 (συνημμένο Β της από 1463/17.02.2012 επιστολής της ΣΕΡΚΟ) και στις 16.02.2012 δεν έγινε αποδεκτός ο κωδικός πρόσβασης της (συνημμένο Γ της από 1463/17.02.2012 επιστολής της ΣΕΡΚΟ).

⁴⁴⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 1463/17.02.2012 επιστολή της ΣΕΡΚΟ.

⁴⁴¹ Στο υπ' αριθ. πρωτ. 2299/09.03.2012 συμπληρωματικό Υπόμνημά της, η ΣΕΡΚΟ επισημαίνει την αδυναμία συμμετοχής της στον ανοικτό διαγωνισμό του Γ.Ν. Ρεθύμνου αφού στην σχετική διακήρυξη απαιτείτο σύμφωνα με τον όρο 6 αυτής «...Ο συντηρητής υποχρεούται να εγκαθιστά τις νέες ενημερώσεις λογισμικού (software updates) λειτουργίας των μηχανημάτων αν αυτές προτείνονται από τον κατασκευαστικό οίκο», ενώ σύμφωνα με τον όρο 11 «Ο συντηρητής θα πρέπει να έχει στη διάθεσή του καλά καταρτισμένους τεχνικούς όσον αφορά στην τεχνολογία των συγκεκριμένων μηχανημάτων οι οποίοι να διαθέτουν πιστοποιητικά ή βεβαιώσεις εκπαίδευσης για την τεχνολογία τους στα εν λόγω μηχανήματα από την κατασκευάστρια εταιρία..... Να κατατεθούν επί ποινή απόρριψης, οι ακόλουθες βεβαιώσεις ή πιστοποιητικά: Πιστοποιητικά εκπαίδευσης των τεχνικών του συντηρητή για τα εν λόγω μηχανήματα από την κατασκευάστρια εταιρία...».

Στην υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19.02.2015 απαντητική επιστολή της, η ΣΕΡΚΟ αναφέρει πως έχει αποκλειστεί από δημόσιους διαγωνισμούς νοσοκομείων λόγω έλλειψης πιστοποιητικών εκπαίδευσης και πρόσβασης στις τεχνικές πληροφορίες του κατασκευαστικού οίκου Gambro. Προσκόμισε τις πλέον πρόσφατες αποφάσεις του ΔΣ του Γ.Ν Καρδίτσας (υπ' αριθμ. 133 και 178, Σχετ. 42), σύμφωνα με τις οποίες η ΣΕΡΚΟ αποκλείστηκε από τον σχετικό διαγωνισμό, διότι: «1. Η εταιρεία ΣΕΡΚΟ δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης, διότι: Α) Δεν πληροί τον όρο περί τεχνικής επάρκειας, αφού δεν υποβάλλει κανένα έγγραφο της κατασκευάστριας εταιρίας GAMBRO που να πιστοποιεί την τεχνική επάρκεια των τεχνικών της για το μοντέλο AK 200 ULTRA. Β) δεν πληροί τον όρο του άρθρου 8 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης που προβλέπει «Ο ανάδοχος οφείλει να ενημερώνει το Νοσοκομείο σχετικά με τις βελτιώσεις των Μηχανημάτων που συνιστά η κατασκευάστρια εταιρεία», διότι σύμφωνα με το έγγραφο με αριθμ. πρωτ. 1552/27-01-2015 της εταιρείας MEDICAL PRODUCTS, η οποία είναι αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO για την Ελλάδα και αποκλειστικός διανομέας των παραπάνω μηχανημάτων, στην παράγραφο 13 αναφέρεται ότι «η εταιρεία ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ δεν είναι εξουσιοδοτημένη από την GAMBRO, δεν έχει πρόσβαση στο τεχνικό της intranet και δεν έχει ως εκ τούτου την δυνατότητα

289. Όπως αναφέρεται από την GAMBRO ⁴⁴² «η παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής στα ιατρικά μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Gambro είναι ανέφικτη χωρίς διαρκή και σε πραγματικό χρόνο πρόσβαση στη βάση δεδομένων και στο λογισμικό ιδιοκτησίας της Gambro (που ονομάζονται Υπηρεσίες Πεδίου Gambro («GFS») και Πόροι για την Υποστήριξη Συστημάτων των προϊόντων Gambro (“SSRGP”) – (εφεξής τεχνικό intranet Gambro), μέσω του οποίου παρέχονται: α) Οδηγίες του κατασκευαστή για τον τρόπο παροχής υπηρεσιών συντήρησης καθώς και ενημέρωση για τεχνικές αλλαγές από αυτόν β) Οι υποχρεωτικές αναβαθμίσεις - βελτιώσεις και οι εν γένει απαραίτητες επενέργειες στα μηχανήματα, τις οποίες ανακοινώνει η Gambro γ) Η εγκατάσταση των νέων ενημερώσεων λογισμικού λειτουργίας των μηχανημάτων (software updates), που υποδεικνύονται από την Gambro δ) Προδιαγραφές συντήρησης του κατασκευαστή και ειδικά εργαλεία και όργανα μέτρησης και ελέγχου ε) Ενημέρωση από τον κατασκευαστή σε περιπτώσεις διακοπής παραγωγής κάποιου εξαρτήματος».
290. Η ΓΔΑ, απηύθυνε ερώτημα στη GAMBRO σχετικά με τους λόγους για τους οποίους η διακοπή στην πρόσβαση της ΣΕΡΚΟ στα εκπαιδευτικά σεμινάρια επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού καθώς και στη δικτυακή βάση τεχνικών πληροφοριών σχετικά με την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, πραγματοποιήθηκε το 2012, ενώ η λύση των εμπορικών σχέσεων της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με τη ΣΕΡΚΟ είχε λάβει χώρα στα μέσα του 2010. Η GAMBRO διευκρίνισε ότι μετά τη διακοπή της εμπορικής συνεργασίας μεταξύ της ΣΕΡΚΟ και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η εταιρία δεν είχε καμία πλέον υποχρέωση να παράσχει πρόσβαση στη ΣΕΡΚΟ στα εκπαιδευτικά σεμινάρια ή/ και στη βάση τεχνικών πληροφοριών, δεδομένου ότι η όποια τέτοια πρόσβαση είχε δοθεί στο πλαίσιο της σύμβασης εργολαβίας που είχε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με τη ΣΕΡΚΟ για την επισκευή και συντήρηση των μηχανημάτων του οίκου GAMBRO. Για το ίδιο ζήτημα, αναφέρει η GAMBRO, σχετική αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της ΣΕΡΚΟ κατά της εταιρίας απερρίφθη με την υπ' αρ. 14252/2013 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών. Σε αυτή ρητά αναγνωρίστηκε ότι η GAMBRO δεν υπείχε καμία υποχρέωση να συνεχίσει να εκπαιδεύει τους τεχνικούς της καταγγέλλουσας μέσω σεμιναρίων και να της παράσχει κωδικούς για την πρόσβασή της στο σύστημα τεχνικής υποστήριξης, ηλεκτρονικής βάσης τεχνικών δεδομένων.
291. Η συμμετοχή της ΣΕΡΚΟ σε σεμινάρια και η πρόσβασή της με κωδικούς στο σύστημα τεχνικής υποστήριξης μετά το 2010, σύμφωνα με την GAMBRO, πραγματοποιήθηκαν στο πλαίσιο της αβεβαιότητας των σχέσεων μεταξύ ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και ΣΕΡΚΟ, της εν εξελίξει δικαστικής διαμάχης μεταξύ των τριών εταιριών και της επιθυμίας της GAMBRO, η ΣΕΡΚΟ να παράσχει ορθή συντήρηση των μηχανημάτων στις εκκρεμείς συμβάσεις, στις οποίες αυτή προέβαινε ακόμη στη συντήρηση, και μέχρι την λήξη τους, προς εξασφάλιση της υγείας των ασθενών.
292. Από την 01.01.2016 ταυτόχρονα με την απευθείας πώληση στην ελληνική αγορά των προϊόντων GAMBRO, η ΜΠΑΞΤΕΡ ανέλαβε και την εκπαίδευση τεχνικού προσωπικού, καθώς και την σχετική πιστοποίησή του. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ ⁴⁴³, η εταιρία κράτησε αντίστοιχη στάση με τις άλλες δύο καταγγελλόμενες, αρνούμενη να παράσχει εκπαίδευση στους τεχνικούς της και πρόσβαση στις τεχνικές πληροφορίες.

σύννομης και ασφαλούς παροχής των υπηρεσιών». Προσκόμισε επίσης περαιτέρω ενδεικτικά και άλλα πρακτικά νοσοκομείων με τα οποία η εταιρία απορρίπτεται από τους σχετικούς διαγωνισμούς λόγω έλλειψης πιστοποιητικών εκπαίδευσης ή λόγω έλλειψης πρόσβασης στις αναγκαίες τεχνικές πληροφορίες (πρακτικό 170/06.11.2014 Γ.Ν. Πρέβεζας Σχ. 43, υπ' αριθ. 556/05.05.2014 απόφαση ΔΣ Γ.Ν. Καρδίτσας Σχ. 44, από 4-8-2014 πρακτικό Γ.Ν. Κοζάνης Σχ. 45).

⁴⁴² Μέρος της επιστολής που έστειλε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στις αναθέτουσες αρχές, η οποία παρατίθεται στην υπ' αριθ. πρωτ. 1913/19.03.2015 απαντητική επιστολή της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

⁴⁴³ Βλ. υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 της ΣΕΡΚΟ (σελίδα 13).

293. Σχετικά με τους λόγους για τους οποίους δεν παρέχονται στη ΣΕΡΚΟ υπηρεσίες εκπαίδευσης και πρόσβασης σε τεχνικές πληροφορίες των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, η ΜΠΑΞΤΕΡ αναφέρει⁴⁴⁴ ότι μεταξύ της ΜΠΑΞΤΕΡ και της ΣΕΡΚΟ δεν υφίσταται η οποιαδήποτε εμπορική συνεργασία - πέραν των όποιων πωλήσεων ανταλλακτικών έλαβαν χώρα στο πλαίσιο της χορηγηθείσας προσωρινής διαταγής του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών. Ενώ η προηγούμενη σχέση θα δικαιολογούσε την παροχή εκπαίδευσης στους τεχνικούς της εταιρίας ΣΕΡΚΟ, καθώς επίσης πρόσβαση στις τεχνικές πληροφορίες, το σημερινό μοντέλο παροχής των συγκεκριμένων υπηρεσιών, οι οποίες παρέχονται κατ' αποκλειστικότητα από την ΜΠΑΞΤΕΡ, ως τον πιστοποιημένο και εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο του κατασκευαστικού οίκου GAMBRO στην Ελλάδα, δεν δικαιολογεί την παροχή πρόσβασης στα ανωτέρω ως προς τη ΣΕΡΚΟ. Επιπρόσθετα, κατά τη ΜΠΑΞΤΕΡ, ο τρόπος οργάνωσης της οικείας αγοράς εν γένει, οι πλημμέλειες ως προς τις παρεχόμενες υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης και οι επιλεγείσες πρακτικές εκ μέρους της ΣΕΡΚΟ, δικαιολογούν αυτοτελώς και απόλυτα την ελεγχόμενη άρνηση. Πάντως, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, το ειλικρινές ενδιαφέρον για τη δημόσια υγεία θα αιτιολογούσε και την προμήθεια ανταλλακτικών σε ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ τουλάχιστον για τις εκκρεμείς συμβάσεις, χωρίς να απαιτούνται δικαστικές αποφάσεις προς τούτο. Ωστόσο, στο πλαίσιο της ακροαματικής διαδικασίας αποδείχτηκε το ακριβώς αντίθετο: ότι, δηλαδή, ακόμη και για τις εκκρεμείς συμβάσεις δεν δίνονταν ανταλλακτικά σε ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗ⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Υπ' αριθ. πρωτ. 5122/18.09.2017 απαντητική επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ.

⁴⁴⁵ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 18.02.2019, σελ. 52-53]: «[...]: Ζήτησα υλικά, συγγνώμη, ζήτησα υλικά για τις εκκρεμείς συμβάσεις... Δεν τα πήρα.

ΟΜΙΛΗΤΗΣ: Μην απαντάτε.

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Παρακαλώ, μα δεν είναι...

ΟΜΙΛΗΤΗΣ: Απαντάνε οι δικηγόροι.

[...]: Όχι, δεν τα πήρα παρόλα αυτά, παρόλο που το είπε, δεν τα έχω πάρει τα ανταλλακτικά αυτά ποτέ. Τα έχω ζητήσει και με e-mail και με παραγγελίες γραπτές». Βλ. επίσης κατάθεση του ιδίου, ό.π., σελ. 53: «Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Για τις εκκρεμείς συμβάσεις πάντοτε λοιπόν αναφέρεστε, για αυτές τις συμβάσεις που ήταν σε εκκρεμότητα.

[...]: Εγώ ήθελα να εξυπηρετήσω καταρχήν τις συμβάσεις μου, έτσι;

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ωραία.

[...]: Και ήθελα φυσικά, αν με ρωτάτε, ήθελα να συνεχίσω όσο μπορώ να συντηρώ τα μηχανήματα αυτά τα οποία είχα την τεχνογνωσία. Αν είχα ανταλλακτικά και αύριο, ίσως ενδεχομένως να πήγαινα να κάνω συντήρηση και σε άλλα μηχανήματα. Αυτή είναι η απάντησή μου. Αύριο αν έχω εγώ ανταλλακτικά και μπορώ να προμηθευτώ από μία επίσημη πηγή ανταλλακτικά, θα πηγαίνω, θα κάνω συντήρηση όσο μπορώ.».

Βλ. επίσης κατάθεση του ιδίου [ό.π., σελ. 63-64]: «Α. ΝΑΚΟΥ: Ήθελα αν μπορεί να μας επιβεβαιώσετε αυτό που είχα σημειώσεινωρίτερα, ότι και σε εκκρεμείς παραγγελίες που είχατε ή μάλλον σε εκκρεμή σύμβαση που είχατε με τη ΒΑΧΤΕΡ κάποια ανταλλακτικά δεν τα λάβατε. Ισχύει;

[...]: Ναι, ναι.

ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

Α. ΝΑΚΟΥ: Από τη GAMBRO. Ήτανε...

[...]: Απ' τα ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

Α. ΝΑΚΟΥ: Από τα ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ήταν εκκρεμής, αλλά ήρθε εντωμεταξύ ο όμιλος ΒΑΧΤΕΡ στην Ελλάδα και για αυτές τις συμβάσεις ακόμα δεν λάβατε ανταλλακτικά.

[...]: Δεν έχουμε λάβει.

Α. ΝΑΚΟΥ: Λάβατε κάποια αιτιολόγηση ως προς αυτό; Πέραν της αλλαγής της δομής στην ελληνική αγορά;

[...]: Σε μορφή ηλεκτρονικού μηνύματος είχα λάβει ότι δεν θα μας προμηθεύει σε... Ναι, συγγνώμη, δεν θα προμηθεύει ανταλλακτικά σε μη συμβεβλημένους.

Α. ΝΑΚΟΥ: Μα ήσασταν μη συμβεβλημένος αφού είχατε σύμβαση;

[...]: Είχα σύμβαση, είχε λήξει η σύμβαση από τη στιγμή...

Α. ΝΑΚΟΥ: Εγώ γι' αυτό ρώτησε για εκκρεμή... για εν ισχύ σύμβαση εγώ κατάλαβα.

[...]: Εν ισχύ σύμβαση νοσοκομείων.

294. Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε⁴⁴⁶ το από 18.12.2015 έγγραφό της ΜΠΑΞΤΕΡ με τίτλο «ΔΗΛΩΣΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΗ» με ισχύ από 10.12.2015 μέχρι 31.12.2016, στο οποίο αναφέρεται ότι η εταιρία «είναι εξουσιοδοτημένη να παρέχει εκπαίδευση και να πιστοποιεί Προσωπικό για Τεχνικές Υπηρεσίες Τρίτων Μερών». Ερωτώμενη από τη ΓΔΑ για το σχετικό έγγραφο, η ΜΠΑΞΤΕΡ αναφέρει ότι το «εν λόγω έγγραφο αναφέρεται καταρχήν σε μια γενικότερη κατηγορία προϊόντων σε σχέση με τον εξοπλισμό νεφρολογικής φροντίδας τύπου GAMBRO και HOSPAL. Αποτελεί δε ένα έγγραφο, το οποίο μας αποστέλλει ο κατασκευαστικός οίκος για τις ανάγκες συμμετοχής της Εταιρίας μας σε δημόσιους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν τα εκάστοτε νοσοκομεία. Αναφέρεται, στο πλαίσιο της ανάγκης την οποία εξυπηρετεί, ήτοι ακριβώς τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, στο γεγονός ότι η Εταιρία μας (ήτοι η «εξουσιοδοτημένη αντιπρόσωπος» του κατασκευαστικού οίκου) είναι εξουσιοδοτημένη να προσφέρει εκπαίδευση και πιστοποίηση σε προσωπικό τρίτων μερών που παρέχουν τεχνικές υπηρεσίες. Ως «τρίτα» μέρη εν προκειμένω και με βάση τη χρήση για την οποία προορίζεται το συγκεκριμένο έγγραφο, νοούνται οι τεχνικοί των νοσοκομείων, στα οποία η Εταιρία μας προσφέρει υπηρεσίες συντήρησης και επισκευής. Τους τεχνικούς αυτούς - εφόσον απαιτηθεί από το νοσοκομείο - είμαστε σε θέση να εκπαιδεύσουμε. Αυτό θα πρέπει να είναι εκ των προτέρων γνωστό σε ένα νοσοκομείο, σε διαγωνισμό του οποίου συμμετέχει η Εταιρία μας, ώστε να ληφθεί υπόψη κατά την εξέταση της προσφοράς μας, ότι δηλαδή η Εταιρία μας έχει την απαραίτητη πιστοποίηση από τον κατασκευαστικό οίκο, ώστε να εκπαιδεύει και να πιστοποιεί τους τεχνικούς του νοσοκομείου, στο οποίο υπάρχουν μηχανήματα GAMBRO. Το γεγονός ότι η εν λόγω αναφορά σε «τρίτα» μέρη περιορίζεται σε τεχνικούς νοσοκομείων, με τα οποία η Εταιρία μας συνεργάζεται κατόπιν σύναψης, σχετικής σύμβασης ενισχύεται και από το δεδομένο της έλλειψης τρίτων ανεξάρτητων παροχών στην ελληνική αγορά». Ωστόσο, ανεξάρτητοι τρίτοι πάροχοι στην ελληνική αγορά για μηχανήματα του σήματος GAMBRO συγκεκριμένου τύπου τουλάχιστον για τα δημόσια νοσοκομεία, τα οποία πλέον εμπορεύεται η ΜΠΑΞΤΕΡ, όπως επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, εντοπίζονται να είναι όχι μόνο η ΣΕΡΚΟ αλλά και η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ⁴⁴⁷ (ενώ για ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές εντοπίζονται και κάποιοι επιπλέον ανεξάρτητοι τρίτοι πάροχοι, εκτός των τεχνικών που εργάζονται στα νοσοκομεία δηλαδή).

A. ΝΑΚΟΥ: Σε εν ισχύ σύμβαση με το νοσοκομείο, αλλά μετά τη λήξη της σύμβασής μας με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

[...]: Ναι. Σωστά.». Βλ. και σχετική διευκρίνιση από δικηγόρο [...] [ό.π., σελ. 65-66]: «Σ. ΤΣΕΛΙΟΣ: Κα Πρόεδρε, θα κάνουμε την εξής... Επειδή πρέπει να είμαστε δίκαιοι με όλες τις αντίδικες πλευρές θα κάνουμε την εξής διευκρίνιση. Επαναλαμβάνουμε λοιπόν ότι υπήρχαν εκκρεμείς συμβάσεις με τα νοσοκομεία για τις οποίες μάλιστα είχε χορηγηθεί πιστοποιητικό παροχής ανταλλακτικών από την GAMBRO LUNDIA. Αυτές λοιπόν τις εκκρεμείς συμβάσεις όταν εξαγοράστηκε η BAXTER και δημιουργήσε το δικό της, τη δική της καθετοποίηση στην αγορά, αρνήθηκε να μας παρέχει ανταλλακτικά για να τις εκτελέσουμε. Αναγκαστήκαμε λοιπόν να χρησιμοποιήσουμε ό,τι ανταλλακτικά υπήρχε στο στοκ και να ψάχνουμε εναγωνίως σε όλο τον κόσμο, το λέω ξεκάθαρα, σε όλο τον κόσμο για να βρίσκουμε κάθε φορά ένα ανταλλακτικό το οποίο μας χρειαζόταν και να το πληρώνουμε σε τιμή δυσθεώρητη. Αυτό, αφού είχαν προηγηθεί επανειλημμένες αιτήσεις προς τη GAMBRO, προς τη BAXTER να εξυπηρετήσει αυτές τις συμβάσεις αλλά και αφού είχαν προηγηθεί παράλληλα e-mail προς όλους τους αντιπροσώπους της GAMBRO ανά την Ευρώπη και όπου αλλού κοντά ώστε να μπορέσουμε να πάρουμε ανταλλακτικά.».

⁴⁴⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 1437/24.02.2016 της ΣΕΡΚΟ (σχετικό 17).

⁴⁴⁷ Βλ. ενδεικτικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 18.02.2019, σελ. 20]: «I. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Ναι. Τώρα ήθελα να ρωτήσω, στα πλαίσια αυτών των διαγωνισμών για το σέρβις αποκλειστικά, αναπτύσσεται μεγάλος ανταγωνισμός;

[...]: Για το σέρβις... στο δικό μας, στο δικό μας το χώρο και τα δικά μας μηχανήματα, GAMBRO.

I. ΠΕΤΡΟΓΛΟΥ: Συγγνώμη, για το σέρβις των μηχανημάτων GAMBRO.

[...]: GAMBRO, ωραία. Αυτή τη στιγμή συνήθως οι συμμετέχοντες είναι εμείς, η ΣΕΡΚΟ και η BAXTER. Είμαστε τρεις.».

Τιμολόγηση ανταλλακτικών από την GAMBRO

295. Κατά τη χρονική περίοδο 2007-2009, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, η διαδικασία τιμολόγησης των ανταλλακτικών από τη GAMBRO άλλαξε εντελώς, με ασυνήθιστες κινήσεις. Ειδικότερα η ΣΕΡΚΟ υποστηρίζει ότι το 2007 παρέλαβε τιμοκατάλογο ανταλλακτικών GAMBRO, όπως γινόταν συνήθως σε έντυπη μορφή, με τη διαφορά ότι ο τιμοκατάλογος περιείχε κάποιες υπερβολικές αυξήσεις στις τιμές των ανταλλακτικών οι οποίες, σε ορισμένες περιπτώσεις έφταναν το 400%. Μετά την από 14.3.2007 επιστολή του εταίρου [...] προς τη GAMBRO, ο οποίος υπέγραφε [...] ⁴⁴⁸ της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ⁴⁴⁹, ο τιμοκατάλογος δεν εφαρμόστηκε αλλά εξακολούθησε να ισχύει ο τιμοκατάλογος του 2006 ⁴⁵⁰.

Εν συνεχεία, στις 2 Αυγούστου 2008, η ΣΕΡΚΟ παρέλαβε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, από τη GAMBRO νέο τιμοκατάλογο ανταλλακτικών με αναδρομική ημερομηνία ισχύος την 1^η Ιουνίου 2008. Η ΣΕΡΚΟ διαμαρτυρήθηκε, απαντώντας στην GAMBRO ότι δεν γίνεται να αλλάξει ο τιμοκατάλογος στη μέση της χρονιάς και ενώ έχουν κυκλοφορήσει οι τιμοκατάλογοι της ΣΕΡΚΟ προς τους πελάτες ⁴⁵¹. Παρόλα αυτά η GAMBRO προχώρησε στην εφαρμογή του τιμοκαταλόγου και εξέδωσε τιμολόγιο για πρώτη φορά στις 02.12.2008 προς τη ΣΕΡΚΟ με βάση τον τιμοκατάλογο του 2008 ⁴⁵². Ακολούθως [...] ΣΕΡΚΟ, στις 03.12.2008 έστειλε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην GAMBRO, με περιεχόμενο παρόμοιο με αυτό της από 14 Μαρτίου 2007 επιστολής της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (βλ. και υποσ. 449 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης), στην οποία επιπλέον αναφερόταν «*Εκτός από την παραπάνω αύξηση, όλα αυτά τα χρόνια της συνεργασίας μας χρησιμοποιείτε έναν ειδικό τιμοκατάλογο, τιμολογώντας την εταιρεία μας κατά 135% υψηλότερα από τις κανονικές τιμές, για την αύξηση αυτή δεν έχετε δώσει ποτέ καμία εξήγηση*» ⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Σύμφωνα με το ερωτηματολόγιο που συμπληρώθηκε κατά τη διάρκεια του ελέγχου στις 06.04.2012, ο κ.[...] ήταν μέτοχος της εταιρίας ΣΕΡΚΟ με ποσοστό ιδιοκτησίας [...], όπως και διαχειριστής της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Αναλυτικά βλ. Ενότητα II.

⁴⁴⁹ Στην από 14 Μαρτίου 2007 επιστολή αναφέρεται, μεταξύ άλλων: «... ο νέος τιμοκατάλογος καθιστά αδύνατο για την εταιρεία μας να εξυπηρετήσει τις υπάρχουσες μονάδες, θα μας δημιουργήσει πρόβλημα με τους πελάτες μας που θα μας καταγγείλουν στην Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού για εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης μας να επιβάλλουμε τις νέες τιμές. ... Αυξήσεις τιμών που μπορούν να γίνουν αποδεκτές από τους πελάτες πρέπει να είναι ίσες με τον Δείκτη Τιμών Καταναλωτή (περίπου 2,7%). Θεωρούμε ότι ακόμη και η αύξηση σύμφωνα με τον Δείκτη Τιμών Καταναλωτή είναι δύσκολο να γίνει αποδεκτή στην αγορά δεδομένου ότι η Gambro έχει πολύ υψηλές τιμές μηχανημάτων. ... Συμπερασματικά, εάν εφαρμόσουμε την αύξηση (της τιμής) των ανταλλακτικών, κανένας πελάτης μας δε θα δεχτεί να πληρώσει τις τιμές που αναφέρονται στον νέο τιμοκατάλογο πράγμα που θα θέσει σε κίνδυνο και τη Medical Products και την Gambro.» (Σχετικό 15 του έντυπου καταγγελίας).

⁴⁵⁰ Στο αρχείο MEMO ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ, (συντάκτης [...] [ανυπόγραφο]) που βρέθηκε κατά τη διάρκεια του επιτόπιου ελέγχου ως συνημμένο σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της 1^{ης} Ιουλίου 2010 [...], με τίτλο «Ιστορικό SERCO» αναφέρεται: «*Συζητήσεις, προ του 2005, εγένοντο μεταξύ [...] για το μέλλον της Serco. Καθώς στην Gambro εγένοντο ανακατατάξεις, επισήμια στους συνεταιίρους το ζοφερόν μέλλον της εταιρείας λόγω αυξήσεων των τιμών της Gambro και κίνδυνο, όπως και έγινε, να χαθεί μεγάλο μέρος της αγοράς μηχανημάτων. Η Medical Products, για να είναι παρούσα η Gambro στην αγορά μηχανημάτων, προσέφερε στους διαγωνισμούς τιμές κάτω του κόστους με αποτέλεσμα τη σταθεροποίηση της αγοράς service. Εγένετο, ματαιώς, προτάσεις να αξιοποιηθεί το εμπορικό τμήμα.*»

⁴⁵¹ Σχετικό 16 της καταγγελίας.

⁴⁵² Στις 02.12.2008 η ΣΕΡΚΟ έλαβε το πρώτο τιμολόγιο με τις νέες αυξημένες τιμές.

⁴⁵³ Από 03.12.2008 επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς τη GAMBRO, σχετικό 17 της καταγγελίας. Την ίδια μέρα η ΣΕΡΚΟ απέστειλε στον [...], υπεύθυνο της GAMBRO στην Ελλάδα, ενδεικτικά 20 κωδικούς ανταλλακτικών για τα οποία υπήρχε, κατά τη ΣΕΡΚΟ, μεγάλη αύξηση των τιμών (σχετικό 18 καταγγελίας).

296. Τέλος, τον Ιανουάριο του 2009 στάλθηκε στη ΣΕΡΚΟ από τη GAMBRO νέος τιμοκατάλογος με τιμές ανταλλακτικών αντίστοιχες με αυτές του 2006⁴⁵⁴.
297. Το 2008, για το χρονικό διάστημα μεταξύ Ιανουαρίου και Σεπτεμβρίου 2008⁴⁵⁵, συμπεριλαμβάνοντας δηλαδή την περίοδο που ίσχυε ο νέος τιμοκατάλογος με τις σημαντικά αυξημένες τιμές για τα ανταλλακτικά (Ιούνιο – Σεπτέμβριο), η GAMBRO τιμολογούσε τα ανταλλακτικά που προμήθευε στη ΣΕΡΚΟ σε τιμές χαμηλότερες από αυτές του 2006⁴⁵⁶. Σύμφωνα με τη GAMBRO, το γεγονός οφειλόταν σε λογιστικό λάθος το οποίο και εντόπισε, οπότε και ζήτησε από τη ΣΕΡΚΟ να της καταβάλει τη διαφορά, ύψους περίπου [...] ευρώ, που προέκυπτε μεταξύ της τιμής τιμοκαταλόγου 2008 και της τιμής χρέωσης⁴⁵⁷. Ο νέος τιμοκατάλογος του 2008 τελικά δεν εφαρμόστηκε παρά μόνο για το χρονικό διάστημα από τον Οκτώβριο του 2008 έως και τον Δεκέμβριο του 2008.
298. Για το ανωτέρω ζήτημα υπήρξε αντιδικία μεταξύ των εταιριών⁴⁵⁸, η οποία διευθετήθηκε, περίπου δύο χρόνια αργότερα, το Νοέμβριο του 2010⁴⁵⁹. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, το γεγονός αποδεικνύει την ύπαρξη και δεύτερου τιμοκαταλόγου για το 2008, ο οποίος εφαρμόζοταν σε άλλους πελάτες της GAMBRO στην Ευρωπαϊκή Ένωση, μια και η απάντηση της GAMBRO σχετικά με τις «υποτιμολογήσεις» δεν εξηγεί με βάση ποιο τιμοκατάλογο τιμολογούσε τη ΣΕΡΚΟ κατά την περίοδο του «λογιστικού λάθους», τη στιγμή που ποτέ στις συναλλαγές της με τη GAMBRO δεν είχε απολαύσει τόσο χαμηλές τιμές στα ανταλλακτικά⁴⁶⁰. Συγκεκριμένα απέστειλε,

⁴⁵⁴ Από 13.01.2009 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (σχετικό 19 της καταγγελίας).

⁴⁵⁵ Η ΣΕΡΚΟ διευκρίνισε (υπ' αριθ. πρωτ. 1368/19.02.2015) ότι «όσον αφορά τις ... «υποτιμολογήσεις», αυτές δεν έλαβαν χώρα μόνο από τον Μάιο του 2008 έως τον Σεπτέμβριο του 2008, αλλά αφορούν και το σύνολο σχεδόν των αγορών από Ιανουάριο έως και Απρίλιο του 2008. ... Μέχρι τον Οκτώβριο του 2008, ... οι τιμές που εφάρμοζε η Gambro δεν ανταποκρίνονταν ούτε στον τιμοκατάλογο του 2006, αλλά ήταν υπερβολικά «υποτιμολογημένες» και σε σχέση με τον τιμοκατάλογο αυτό ο οποίος θα έπρεπε να είναι σε ισχύ τουλάχιστον μέχρι τέλος Μαΐου 2008.»

⁴⁵⁶ Σελίδα 34 καταγγελίας.

⁴⁵⁷ Με την από 21 Νοεμβρίου 2008 επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της, η GAMBRO ενημερώνει τη ΣΕΡΚΟ ότι ανακάλυψε πως ο νέος τιμοκατάλογος που τις είχε αποσταλεί με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου το Μάιο, δεν είχε καταχωρηθεί στο λογιστικό – μηχανογραφικό σύστημα της εταιρίας μέχρι το Σεπτέμβριο, γεγονός που σήμαινε ότι τα ανταλλακτικά πωλούνταν σε χαμηλότερες τιμές από αυτές που έπρεπε (σχετικό 20 της καταγγελίας).

Στην από 13 Ιανουαρίου 2009 επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της GAMBRO προς τη ΣΕΡΚΟ αναφέρεται μεταξύ άλλων « ... έχετε τιμολογηθεί με το ποσό των [...] ευρώ ενώ έπρεπε να είχατε τιμολογηθεί με το ποσό των περίπου [...] ευρώ με τις τιμές του 2006. Η ερώτησή μου είναι η εξής: Τι προτείνεις για να τακτοποιήσουμε το θέμα των [...] ευρώ;» (σχετικό 19 της καταγγελίας).

⁴⁵⁸ Ενδεικτικά αναφέρονται οι από 19 Ιανουαρίου 2009 επιστολές ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αμφοτέρων των εταιριών, με τις οποίες η μεν ΣΕΡΚΟ ζητά εξηγήσεις για τους λόγους για τους οποίους προέκυψαν οι υποτιμολογήσεις και η GAMBRO απαντά πως προκειμένου να συνεχιστεί η μεταξύ τους καλή συνεργασία θα πρέπει να διευθετηθεί η διαφορά των υποτιμολογήσεων (σχετικό 21 καταγγελίας).

⁴⁵⁹ Στις 22 Νοεμβρίου 2010, η ΣΕΡΚΟ παρέλαβε τιμολόγιο από τη GAMBRO με το ποσό των [...] ευρώ, καθώς και πλάνο αποπληρωμής του ποσού. Η ΣΕΡΚΟ με την από 26 Νοεμβρίου 2010 επιστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αποδέχτηκε την οφειλή (σχετικό 22 της καταγγελίας).

Σε επισυναπτόμενο excel παρατίθενται σε ημερήσια βάση τα ανταλλακτικά που τιμολογήθηκαν λανθασμένα καθώς και η σωστή τιμή τιμολόγησής. Σύμφωνα με το εν λόγω excel, οι «υποτιμολογήσεις» πραγματοποιούνταν καθ' όλη τη διάρκεια της χρονιάς.

⁴⁶⁰ Στο υπ' αριθ. πρωτ. 1367/19-2-2015 υπόμνημα, η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε εκ νέου το εν λόγω excel με την προσθήκη δύο ακόμα στηλών, μίας όπου αποτυπώνεται η ποσοστιαία αύξηση από την διόρθωση των τιμών και μίας δεύτερης, όπου αποτυπώνεται βάσει του τιμοκαταλόγου ποιου έτους έγινε διόρθωση. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ από τον πίνακα προκύπτει ότι επί συνόλου 584 κωδικών, σε 422 κωδικούς (ήτοι σε ποσοστό 72,26%) η ποσοστιαία αύξηση από την «διόρθωση» της τιμής υπερέβαινε το 100% σε σχέση με τις «λανθασμένες» τιμές.

Όπως ενδεικτικώς, η ΣΕΡΚΟ αναφέρει παραδείγματα από τον πίνακα :

στις 19.01.2009, επιστολή προς την GAMBRO, ζητώντας της εξηγήσεις για την επιβολή τιμών τουλάχιστον κατά 140% έως 160% υψηλότερων σε σχέση με τις τιμές που εφήρμοζε σε ομοειδείς αγορές άλλων κρατών μελών της Ε.Ε. Στις 19.1.2009 ο [...], [...] της Gambro, απαντώντας στην εν λόγω επιστολή, εμμένει να καταβάλει η ΣΕΡΚΟ το επιπλέον ποσό των [...] € για τις αγορές του 2008, απειλώντας ότι κινδυνεύει η μακρόχρονη μεταξύ τους συνεργασία αν δεν βρεθεί τρόπος για την τακτοποίηση της διαφοράς⁴⁶¹.

299. Υπονίες, για παράλληλους τιμοκαταλόγους με ευνοϊκότερους όρους, εξακολούθησε να έχει η καταγγέλλουσα και για την περίοδο 2009 – 2011. Συγκεκριμένα η ΣΕΡΚΟ αναφέρει ότι και μετά το 2008 η GAMBRO σε πολλές περιπτώσεις προσπάθησε να της επιβάλλει υπερτιμολογήσεις σε σχέση με τον εκάστοτε ισχύοντα τιμοκατάλογο, τις οποίες όταν τις ανακάλυπτε και τις επισήμαινε στην GAMBRO, αυτή τις διόρθωνε με πιστωτικά τιμολόγια⁴⁶². Το μηχανογραφικό σύστημα της GAMBRO, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, «προδίδει την ύπαρξη διαφόρων τιμοκαταλόγων με σημαντικότερες και αδικαιολόγητες αποκλίσεις τιμών πώλησης για προϊόντα (ανταλλακτικά εν προκειμένω) που κατασκευάζει η ίδια (δηλαδή έχουν το ίδιο κόστος γι' αυτήν), και τα οποία διανέμονται από την ίδια σε διάφορες χώρες μέλη της ΕΕ. Συνομολογεί δηλαδή η ίδια η δεσπόζουσα GAMBRO την πρακτική της υπερβολικής τιμολόγησης που δεν μπορεί να δικαιολογηθεί»⁴⁶³.

300. Μετά από σχετική ερώτηση που απήθυνε η ΓΔΑ στην GAMBRO σχετικά με τα όσα υποστηρίζει η ΣΕΡΚΟ, η εταιρία απήντησε ότι, σε όλο το διάστημα που εκτελούσε τις παραγγελίες για ανταλλακτικά προς την ΣΕΡΚΟ, τα τιμολογούσε πάντοτε στις τρέχουσες τιμές τιμοκαταλόγου που ήταν γνωστές τόσο στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ όσο και στη ΣΕΡΚΟ. Η εταιρία προσθέτει ότι εξαιτίας ενός λάθους

– Το ανταλλακτικό με κωδικό K40123001, (4400246443 από 23.1.2008 τιμολόγιο -Σχετ. 20), είχε τιμολογηθεί αρχικώς στην ΣΕΡΚΟ €[...] και «διορθώθηκε» από την GAMBRO στο ποσό των €[...], διαφορά 140%. Η τιμή του εν λόγω ανταλλακτικού στον εφαρμοστέο τιμοκατάλογο του έτους 2006 είναι €[...].

– Το ανταλλακτικό με κωδικό K10857001 (4400260137 από 8.8.2008 τιμολόγιο - Σχετ. 21), είχε τιμολογηθεί αρχικώς στην εταιρία € [...] και «διορθώθηκε» από την GAMBRO στο ποσό των € [...], διαφορά 140%. Η τιμή του εν λόγω ανταλλακτικού στον εφαρμοστέο τιμοκατάλογο του έτους 2006 είναι €[...].

Οι προαναφερόμενες «υποτιμολογήσεις» διαπιστώνονται κυρίως σε σχέση με τις τιμές του τιμοκαταλόγου του έτους 2006 που εφαρμόστηκε στην ΣΕΡΚΟ μέχρι τον Οκτώβριο του έτους 2008, καθώς, ο τιμοκατάλογος του έτους 2007 δεν εφαρμόστηκε παρά μόνο για δύο κωδικούς ανταλλακτικών που διατέθηκαν στην ελληνική αγορά κατά το έτος αυτό. Σημειώνεται εν προκειμένω ότι ως προς τους κωδικούς που εφαρμόστηκε ο τιμοκατάλογος του 2007 παρατηρούνται αποκλίσεις 123% και 140%, ενώ ως προς τους κωδικούς για την τιμολόγηση των οποίων εφαρμόστηκε ο τιμοκατάλογος του έτους 2008 δεν παρατηρούνται αποκλίσεις-υποτιμολογήσεις.

Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ από το προσκομιζόμενο excel, οι ποσοστιαίες διαφορές – διορθώσεις είναι πανομοιότυπες και επαναλαμβανόμενες μεταξύ των κωδικών με ακρίβεια δεκαδικών ψηφίων, γεγονός που υποδεικνύει ότι δεν πρόκειται για μεμονωμένο λάθος υπαλλήλου της GAMBRO, αλλά υποδηλώνει ξεκάθαρα την εφαρμογή στη Ελλάδα κάποιου άλλου τιμοκαταλόγου που δεν προοριζόταν για τις πωλήσεις ανταλλακτικών στην ΣΕΡΚΟ.

⁴⁶¹ Σχετικό 21 της Καταγγελίας.

⁴⁶² Η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε ως σχετικό 23 της καταγγελίας της, ενδεικτικά ορισμένα τιμολόγια των ετών 2009, 2010 και 2011 που επιβεβαιώνουν την ύπαρξη για τα ίδια είδη ανταλλακτικών διαφορετικών τιμών με πάρα πολύ σημαντικές αποκλίσεις. Σημειώνει ειδικά ως προς το είδος με κωδικό K40202001, ότι υπάρχουν δύο τιμολόγια, ένα με ημερομηνία 15.1.2009 και τιμή [...] ευρώ και ένα άλλο με ημερομηνία 30.4.2010 με τιμή [...] ευρώ. Όμως ούτε στον τιμοκατάλογο του 2009, αλλά ούτε και σε κανένα τιμοκατάλογο που της έστειλε η GAMBRO δεν εμφανίζεται το εν λόγω είδος να έχει τιμή [...] ευρώ. Η τιμή του τιμοκαταλόγου του έτους 2009 που είχε αποστείλει η GAMBRO ήταν για το είδος αυτό [...] ευρώ, ενώ αυτή του τιμοκαταλόγου του έτους 2010 ήταν [...] ευρώ (σχετικό 24 της καταγγελίας).

⁴⁶³ Σελίδες 36 – 37 της καταγγελίας.

ρουτίνας που είχε κάνει υπάλληλός τους το 2008, κατά την τιμολόγηση ορισμένων ανταλλακτικών GAMBRO, τα οποία πούλησε στη ΣΕΡΚΟ, στα πλαίσια της Σύμβασης Διανομής της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, χρέωσε την καταγγέλλουσα, σε τιμές χαμηλότερες από εκείνες που αναφέρονταν στον τρέχοντα τότε τιμοκατάλογο και στις οποίες μέχρι τότε την τιμολογούσε. Η ΣΕΡΚΟ, δεν της επέστησε την προσοχή στη λανθασμένη τιμολόγηση, αλλά με σχετική επιστολή διαμαρτυρήθηκε, ισχυριζόμενη ότι η «σωστή» τιμολόγηση ήταν αυτή που αναφερόταν στα λανθασμένα τιμολόγια και ότι, επομένως, όλες οι προηγούμενες χρεώσεις ανταλλακτικών ήταν «υπερτιμολογήσεις», για τις οποίες επιφυλασσόταν να στραφεί εναντίον της GAMBRO.

301. Όπως έχει ήδη αναφερθεί, με τη λύση της σύμβασης υπεργολαβίας μεταξύ ΣΕΡΚΟ και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, το 2010, τα ανταλλακτικά για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού εισάγονταν και διανέμονταν πλέον στην Ελλάδα από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Από τα μέσα του 2011, η GAMBRO άρχισε να αρνείται την εκτέλεση παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ σε ανταλλακτικά, τις οποίες μέχρι τότε εκτελούσε.
302. Ακολούθησαν οι από 19.1.2012 και από 6.12.2012 αγωγές της ΣΕΡΚΟ⁴⁶⁴ κατά των GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σχετικά με την άρνηση πώλησης ανταλλακτικών. Μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 5667/2013 Απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (βλ σχετικά Ενότητα 0), η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ άρχισε και πάλι να αποδέχεται την εκτέλεση των παραγγελιών της ΣΕΡΚΟ⁴⁶⁵, σε τιμές όμως που τιμολογεί τους τελικούς χρήστες. Ειδικότερα η ΣΕΡΚΟ προσκόμισε στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ χρέωνε τα ανταλλακτικά στη ΣΕΡΚΟ στις τιμές που τα χρέωνε και στα νοσοκομεία⁴⁶⁶.
303. Η ΣΕΡΚΟ υπολογίζει ότι η ανατίμηση σε σχέση με τις τιμές που αυτή προμηθευόταν ανταλλακτικά από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ παλαιότερα κατά το έτος 2011, πριν την διακοπή της συνεργασίας της με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, προσεγγίζει μέχρι και το 87%. Προς απόδειξη προσκομίστηκε ενδεικτικά το υπ' αριθ. 33413/16.12.2011 ΤΔΑ της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με το οποίο, μεταξύ άλλων, το ανταλλακτικό με κωδικό K40123001 της το πούλησε €[...], ενώ με το προτιμολόγιο της 22.01.2014 της το πούλησε €[...], καθώς και το υπ' αριθ. 33410/15.11.2011 ΤΔΑ με το οποίο το ανταλλακτικό με κωδικό K23514001 της το πούλησε στην τιμή των €[...] ενώ με το προτιμολόγιο της 22.01.2014 της το πούλησε €[...]⁴⁶⁷. Αν ληφθεί υπόψη ότι και κατά το έτος 2011 η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ πωλούσε τα ανταλλακτικά με τιμές αυξημένες κατά μέσο όρο σε ποσοστό 8% σε σχέση με τις τιμές της GAMBRO, τότε προκύπτει το συμπέρασμα κατά τη ΣΕΡΚΟ, ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έχει κέρδος από την πώληση ανταλλακτικών τουλάχιστον σε ποσοστό [...]%, με βάση τα αναγραφόμενα στα σχετικά τιμολόγια και παραστατικά τιμές⁴⁶⁸.
304. Επίσης, η ΣΕΡΚΟ έκανε σύγκριση της τιμής του ανταλλακτικού K40153001 μεταξύ των ετών 2008, 2011 και 2015. Το 2015 η ΣΕΡΚΟ αγόρασε το ανταλλακτικό από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κατά [...] % ακριβότερα σε σχέση με τα έτη 2008 και

⁴⁶⁴ Με γενικούς αριθμούς κατάθεσης 12358 και 198352/2012 και αριθμούς κατάθεσης δικογράφων 463 και 6208/2012 αντίστοιχα.

⁴⁶⁵ Βλ. σχετ. 124 (Παραγγελία ΣΕΡΚΟ) και 125 (Απάντηση ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και προτιμολόγιο 22.01.2014) του υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014 Συμπληρωματικού Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ.

⁴⁶⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014, σελίδα 3 και 4. Στον πίνακα παρουσιάζονται 17 περιπτώσεις όπου η τιμή χρέωσης ανταλλακτικών στη ΣΕΡΚΟ είναι ίδια με την τιμή χρέωσης σε νοσοκομεία.

⁴⁶⁷ Υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014 Συμπληρωματικό Υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ. Το προτιμολόγιο προσκομίστηκε ως σχετ. 125 ενώ τα ΤΔΑ προσκομίστηκαν ως σχετ. 132 και 133.

⁴⁶⁸ Βλ. σχετ. 126 έως 131 (Εγκρίσεις Δαπανών) του υπ' αριθ. πρωτ. 1679/20.02.2014 Συμπληρωματικού Υπομνήματος της ΣΕΡΚΟ, από τις οποίες προκύπτουν οι τιμές πώλησης ανταλλακτικών σε νοσοκομεία από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

2011 κατά τα οποία το αγόραζε από την GAMBRO⁴⁶⁹. Τέλος, για τις τιμές των ανταλλακτικών το 2015 πλέον⁴⁷⁰, η ΣΕΡΚΟ αναφέρει ότι ο «τιμοκατάλογος ανταλλακτικών Gambro του 2015 εμπεριέχει αυξήσεις σε σχέση με αυτόν του 2014 που φθάνουν και το 30% όταν μάλιστα ο τιμάρριθμος στη χώρα μας είναι αρνητικός».

305. Η σχετική υπερτιμολόγηση εξακολούθησε, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα και όταν τη διανομή των ανταλλακτικών ανέλαβε η ΜΠΑΞΤΕΡ. Η εταιρία, μετά από την σχετική (από 28.03.2016) προσωρινή διαταγή, υποχρεώθηκε και αυτή να προμηθεύει την ΣΕΡΚΟ με ανταλλακτικά, το οποίο έκανε, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, τιμολογώντας την υπερβολικά (σε τιμές λιανικής ή και υψηλότερα και όχι χονδρική⁴⁷¹ όπως ήταν υποχρεωμένη), παρά την σχετική αντίδραση της ΣΕΡΚΟ και τις επιφυλάξεις που διατύπωσε ως προς τις τιμές πώλησης⁴⁷². Η ΣΕΡΚΟ ισχυρίζεται ότι η εν λόγω πρακτική έχει ως στόχο τον εκτοπισμό της από την σχετική αγορά⁴⁷³.
306. Η τιμολογιακή πολιτική της ΜΠΑΞΤΕΡ έναντι της ΣΕΡΚΟ είναι, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, και τυπικό παράδειγμα άνισης και υπερβολικής τιμολόγησης που συνιστά άνευ άλλου τινός κατάχρηση της υπερδεσπόζουσας θέσης που, κατά την άποψη της ΣΕΡΚΟ, η ΜΠΑΞΤΕΡ κατέχει στη σχετική ελληνική αγορά⁴⁷⁴. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η ΜΠΑΞΤΕΡ «καρπώνεται ένα υπέρμετρο ποσοστό κέρδους, το οποίο από μόνο του καθιστά την τιμολογιακή πολιτική που εφαρμόζει έναντι της εταιρείας μας καταχρηστική πολιτική υπέρμετρης και άνισης τιμολόγησης. Η εν λόγω υπέρμετρη

⁴⁶⁹ Υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 έγγραφο Υποβολής Διευκρινίσεων. Τα έγγραφα βάσει των οποίων πραγματοποιείται η σύγκριση προσκομίστηκαν ως σχετικό 19 του 1367/ 19.02.2015, σχετικό 33 του 5858/05.10.2015 και ως σχετικό 95 του 6051/23.7.2012.

⁴⁷⁰ Υπ' αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015 έγγραφο Υποβολής Διευκρινίσεων της ΣΕΡΚΟ. Προσκόμισε τον τιμοκατάλογο λιανικής ανταλλακτικών της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ του έτους 2014 και τον αντίστοιχο του έτους 2015 (Σχετ. 32 και 33).

⁴⁷¹ Στην υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2015 η ΣΕΡΚΟ παραπέμπει στην αλληλογραφία μεταξύ της ίδιας και της ΜΠΑΞΤΕΡ (Σχετ. 2, 3, 4 και 5), στην οποία διατυπώνεται η διαφωνία μεταξύ των εταιριών σχετικά με τις τιμές.

Η ΣΕΡΚΟ ενδεικτικά αναφέρει ότι το ανταλλακτικό K40228003 το αγόρασε από την ΜΠΑΞΤΕΡ €[...], (τιμολόγιο 101420/08.04.2016 - Σχετ. 6), ενώ το ίδιο ανταλλακτικό η ΜΠΑΞΤΕΡ το πούλησε στην ίδια τιμή στο Π.Γ.Ν. Ιωαννίνων, (υπ' αρ. πρωτ. 1520/21-1-2016 απόφαση προμήθειας ανταλλακτικών - Σχετ. 7). Το ανταλλακτικό KI3467001 η ΣΕΡΚΟ το αγόρασε από την ΜΠΑΞΤΕΡ € [...] (τιμολόγιο 6030/22.04.2016 - Σχετ. 8), ενώ το ίδιο ανταλλακτικό η ΜΠΑΞΤΕΡ το πούλησε €[...] Π.Γ.Ν. Ηρακλείου (υπ' αρ. πρωτ. 4095/18.03.2016 σύμβαση προμήθειας ανταλλακτικών - Σχετ. 9).

⁴⁷² Υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016 Υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ: βλ. την από 1-4-2016 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ προς την ΣΕΡΚΟ Σχετ. 2, την από 4-4-2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς την ΜΠΑΞΤΕΡ (Σχετ. 3), την από 5-4-2016 επιστολή της ΜΠΑΞΤΕΡ προς την ΣΕΡΚΟ (Σχετ. 4) και την από 06.04.2016 επιστολή της ΣΕΡΚΟ προς την ΜΠΑΞΤΕΡ (Σχετ. 5).

⁴⁷³ Υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016 Υπόμνημα της ΣΕΡΚΟ.

⁴⁷⁴ Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, η υπερτιμολόγηση αποδεικνύεται από τον τιμοκατάλογο στην τροποποιητική σύμβαση διανομής ανταλλακτικών μεταξύ της ΜΠΑΞΤΕΡ και της «Baxter Services Europe SA» με ημερομηνία ισχύος από 01.01.2016 (Σχετ. 10 του υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016).

Στο υπ' αριθ. πρωτ. 7067/11.10.2016 περιλαμβάνεται πίνακας, από τον οποίο προκύπτει το ποσοστό κέρδους της ΜΠΑΞΤΕΡ από την πώληση των ανταλλακτικών στην ΣΕΡΚΟ σε σχέση με την τιμή κόστους που η ίδια τα αγοράζει (προσκόμισε 3 τιμολόγια, δυνάμει των οποίων η ΜΠΑΞΤΕΡ της πούλησε τα αναφερόμενα στον πίνακα ανταλλακτικά - Σχετ. 6, 8 και 11).

Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, συγκρίνοντας τις τιμές πώλησης ανταλλακτικών από την ΜΠΑΞΤΕΡ στην ΣΕΡΚΟ, με τις τιμές που η ίδια η ΜΠΑΞΤΕΡ αγοράζει τα ίδια ανταλλακτικά από την «Baxter Services Europe SA» διαπιστώθηκε ότι οι τιμές πώλησης των ανταλλακτικών στη ΣΕΡΚΟ είναι προσαυξημένες έως και 3.627,27%, περίπου 37 φορές πάνω από το κόστος αγοράς τους από την ΜΠΑΞΤΕΡ.

Η ΣΕΡΚΟ σημειώνει ότι «οι τιμές στις οποίες η Baxter πωλεί τα ανταλλακτικά στα δημόσια νοσοκομεία είναι ακόμη και ΣΑΡΑΝΤΑ ΜΙΑ ΦΟΡΕΣ πάνω από το κόστος αγοράς τους από την ίδια (ήτοι αυξημένες κατά [...]) αν ληφθεί υπόψη ότι, όπως η ίδια ισχυρίζεται, οι δήθεν τιμές χονδρικής που πουλάει στην εταιρεία μας, σε εκτέλεση δήθεν της προσωρινής διαταγής του Πρωτοδικείου Αθηνών, είναι μειωμένες κατά 10% σε σχέση με τις τιμές που πουλάει λιανικώς απευθείας στα δημόσια νοσοκομεία (βλ. την από 5-4-2016 επιστολή της προς την εταιρεία μας, Σχετ. 4).»

τιμολόγηση και συναφώς και το υπερβολικό ποσοστό κέρδους που επιτυγχάνει από την πώληση των ανταλλακτικών στην εταιρία μας, αλλά και στα νοσοκομεία (που είναι ο τελικός αποδέκτης των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής) έχουν ως αναπόφευκτο αποτέλεσμα και την ταυτόχρονη συμπίεση της τιμής του πακέτου της παροχής (ανταλλακτικά και συντήρηση-επισκευή) που προσφέρει στα νοσοκομεία, σε σημείο που αδυνατούμε πλέον να παραμείνουμε στην αγορά, αν και είμαστε αποτελεσματικός ανταγωνιστής της.»

307. Σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, ο αποκλεισμός της από την εν λόγω αγορά συνεπάγεται σοβαρή και ανεπανόρθωτη μεταβολή της δομής της αγοράς, αν ληφθεί υπόψη η σημαντική της παρουσία στην εν λόγω αγορά και η καταλυτική συνεισφορά της στη μείωση των τιμών⁴⁷⁵. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τη ΣΕΡΚΟ, όταν η ΜΠΑΞΤΕΡ συνάπτει συμβάσεις με τα δημόσια νοσοκομεία με απευθείας ανάθεση, τότε προσφέρει το «πακέτο» της υπηρεσίας στα νοσοκομεία σε τιμές που είναι κατά πολύ υψηλότερες από αυτές που προσφέρει στο πλαίσιο των διαγωνισμών, όπου ανταγωνίζεται την ΣΕΡΚΟ, κάτι που ασφαλώς μαρτυρεί την πρόθεσή της να εκτοπίσει την ΣΕΡΚΟ από τη σχετική αγορά μέσω επιθετικής τιμολόγησης⁴⁷⁶.
308. Σχετικά η ΜΠΑΞΤΕΡ, στην από 5.4.16 επιστολή της προς την ΣΕΡΚΟ, τοποθετείται ως ακολούθως «1. Η εταιρία μας ουδέποτε μέχρι σήμερα έχει πραγματοποιήσει πωλήσεις ανταλλακτικών σε «χονδρικές τιμές» προς οιονδήποτε, αλλά μόνον πωλήσεις σε νοσοκομεία σε τιμές, που χαρακτηρίζετε εσείς και η από 28.3 2016 προσωρινή διαταγή του κ. Δικαστού του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, ως «λιανικές». 2. Ενόψει της προαναφερθείσας προσωρινής διαταγής και σε συμμόρφωση με αυτή σας αποστείλαμε την από 1.4.2016 επιστολή μας, στην οποία δηλώναμε την πρόθεσή μας για εκούσια συμμόρφωση και εκτέλεση των παραγγελιών σας αριθ. 353 και. 355, σημειώναμε δε και τις τιμές των αντίστοιχων ανταλλακτικών, οι οποίες είναι οι τιμές πώλησης αυτοτελώς των ίδιων ανταλλακτικών προς νοσοκομεία μειωμένες κατά 10%.»
309. Στο πλαίσιο της έρευνας σχετικά με την τιμολόγηση των ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού GAMBRO, ζητήθηκε από την GAMBRO να αναλυθούν οι παράγοντες που επηρεάζουν την τελική τιμή χονδρικής διάθεσης των ανταλλακτικών στις, κατά χώρα, θυγατρικές ή διανομείς⁴⁷⁷. Σύμφωνα με την εταιρία,

⁴⁷⁵ Υπ' αριθ. πρωτ.1437/24.02.2016 Καταγγελία – Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων: η ΣΕΡΚΟ προσκομίζει σχετικά την με αριθ. προσφοράς 24494/09.12.2015 οικονομική προσφορά που κατέθεσε η ΜΠΑΞΤΕΡ στο πλαίσιο διαγωνισμού του Γ.Ν. Θεσσαλονίκης «Προκράτειο» με αριθμ. διακήρυξης 108/2015 για την συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, συνολικού ποσού [...] ευρώ (ΣΧΕΤ. 8^Α), έναντι της με αριθμ. προσφοράς 24647/11.12.2015 οικονομικής προσφοράς της ΣΕΡΚΟ συνολικού ποσού [...] ευρώ (ΣΧΕΤ. 9^Α). Η προσφερόμενη από την ΜΠΑΞΤΕΡ τιμή είναι ακριβότερη κατά [...] ευρώ έναντι της προσφερόμενης από την ΣΕΡΚΟ τιμής.

⁴⁷⁶ Υπ' αριθ. πρωτ.7067/11.10.2016 Υπόμνημα: Η ΣΕΡΚΟ ως χαρακτηριστικό παράδειγμα αναφέρει την υπ' αριθμ. ΣΙ2/2016 σύμβαση απευθείας ανάθεσης με το Γ.Ν. Γρεβενών (Σχετ. 12), καθώς και την υπ' αριθμ. ΣΙ2/2016 σύμβαση απευθείας ανάθεσης με το Γ.Ν. Πτολεμαΐδας (Σχετ. 13), δυνάμει των οποίων η τρίτη ΜΠΑΞΤΕΡ συντηρεί έκαστο μηχανήμα τεχνητού νεφρού με το ποσό των [...] και [...] ευρώ μηνιαίως αντίστοιχα. Αντίθετα, η τιμή που προσέφερε στο διαγωνισμό του Νοσοκομείου Φιλιατών (στον οποίο συμμετείχε και η ΣΕΡΚΟ) για το πακέτο της παρεχόμενης υπηρεσίας ήταν μόλις [...] ευρώ για την συντήρηση εκάστου μηχανήματος ανά μήνα (βλ. την υπ' αριθμ. 91/2016 σύμβαση που συνήψε με το Γ.Ν. Φιλιατών από την οποία προκύπτει ότι το συνολικό ποσό για την συντήρηση των 11 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ανέρχεται σε [...] ευρώ χωρίς ΦΠΑ για τρεις μήνες που είναι ο χρόνος διάρκειας της σύμβασης, ήτοι [...] ευρώ ανά μηχανήμα το μήνα, (Σχετ. 14), δηλαδή κατά πολύ χαμηλότερη της κανονικής τιμής που εφαρμόζει στις συμβάσεις απευθείας ανάθεσης.

⁴⁷⁷ Η ΣΕΡΚΟ αναφέρει τρεις κωδικούς ανταλλακτικών οι οποίοι πωλούνται από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην Ελλάδα κατά πολύ ακριβότερα από ότι στο εξωτερικό. Συγκεκριμένα αναφέρει ότι: 1) ο K40280001 AC/DC UNIT AK200S στο εξωτερικό πωλείται περίπου [...] €, ενώ η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ το πουλάει [...] € (491% ακριβότερα σε σχέση με την τιμή του εξωτερικού), 2) ο K11845A Level Transducer στο εξωτερικό πωλείται περίπου [...] €, ενώ η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ το

πέραν του κόστους παραγωγής του ανταλλακτικού, για την τελική τιμή χονδρικής διάθεσης των ανταλλακτικών λαμβάνονται υπόψη τα κόστη [...] ⁴⁷⁸, [...] ⁴⁷⁹, [...] ⁴⁸⁰, [...] ⁴⁸¹, [...] ⁴⁸², [...] ⁴⁸³ [...] ⁴⁸⁴.

310. Όλα τα ανωτέρω κόστη, τα επωμίζεται, για όλες τις χώρες, η GAMBRO, πριν το ανταλλακτικό φθάσει στον διανομέα. Κατά τη GAMBRO, οι ακριβείς τιμές για τα ανωτέρω κόστη, δεν κατέστη δυνατό να προσδιοριστούν με σαφήνεια, καθώς επηρεάζονται από πολλούς παράγοντες και ποικίλουν ανά χώρα. Ενδεικτικά αναφέρθηκε από την GAMBRO ότι [...].
311. Επίσης δεν κατέστη δυνατό να προσδιοριστεί με σαφήνεια το ακριβές ποσοστό που τα λοιπά αυτά κόστη συνιστούν επί του συνολικού κόστους (συνυπολογιζόμενου του δοθέντος κόστους παραγωγής), το οποίο επιδρά στην τελική τιμή χονδρικής πώλησης του κάθε ανταλλακτικού, καθώς πολλά από τα κόστη αυτά διαφοροποιούνται σημαντικά ανά ανταλλακτικό, εξαιτίας της στενής σύνδεσής τους με το κόστος παραγωγής του ανταλλακτικού (π.χ. για ένα ανταλλακτικό με κόστος κατασκευής 50 λεπτά του ευρώ, το κόστος αποθήκευσης, θα είναι αντίστοιχο, σε αντίθεση με το κόστος αποθήκευσης ενός ανταλλακτικού, το οποίο έχει κόστος κατασκευής 500 ευρώ).
312. Η Υπηρεσία με σχετική επιστολή της ⁴⁸⁵, ζήτησε επίσης τους τιμοκαταλόγους χονδρικής πώλησης των ανταλλακτικών για μηχανήματα HD που ίσχυαν την περίοδο 2008 – 2014 τόσο για την Ελλάδα, όσο και για τις χώρες στις οποίες ο όμιλος GAMBRO δραστηριοποιείτο μέσω αντιπροσώπων και ειδικά στις ακόλουθες: Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία, Μάλτα, Ρουμανία, Σλοβακία, Σλοβενία, Τσεχία και Ουγγαρία. Η GAMBRO στη σχετική απαντητική επιστολή της ⁴⁸⁶ απήντησε ότι δεν μπόρεσε να εντοπίσει τους εν λόγω τιμοκαταλόγους, λόγω της παλαιότητας και του όγκου των στοιχείων αλλά και του γεγονότος ότι αφορούν σε περιόδους πριν την συγκέντρωση των Ομίλων Baxter και Gambro, η οποία επέφερε μια ολική αναδιάρθρωση του παλιού αρχείου της εταιρίας, της βάσης δεδομένων της και του συστήματος μηχανοργάνωσής της. Παρόλα αυτά η GAMBRO, πρόεβη σε υπολογισμό των μέσων ετήσιων τιμών χονδρικής πώλησης ανταλλακτικών. Ο σχετικός υπολογισμός βασίστηκε στη διαίρεση της συνολικής αξίας των καθαρών πωλήσεων που πραγματοποιήθηκαν ανά ανταλλακτικό, με τον συνολικό αριθμό των πωληθέντων ανταλλακτικών, για κάθε ερευνώμενο έτος, σε κάθε ερευνώμενη χώρα.
313. Η Υπηρεσία πρόεβη στη σύγκριση των εν λόγω μέσων ετήσιων τιμών χονδρικής πώλησης μεταξύ των χωρών στις οποίες η GAMBRO διατηρεί δίκτυο αποκλειστικής διανομής, δηλαδή μεταξύ των τιμών χονδρικής πώλησης στην Ελλάδα σε σχέση με τις αντίστοιχες τιμές στην Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία και Σλοβακία. Το αποτέλεσμα της εν λόγω σύγκρισης παρατίθεται στο **Error! Reference source not found.** της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

πουλάει [...] € (585% ακριβότερα σε σχέση με την τιμή του εξωτερικού) και 3) ο K40228003 Pressure transducer kit compl. στο εξωτερικό πωλείται περίπου [...] €, ενώ η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ το πουλάει [...] € (539% ακριβότερα σε σχέση με την τιμή του εξωτερικού). Η εταιρία δεν προσκόμισε σχετικά αποδεικτικά στοιχεία (υπ αριθ. πρωτ. 5858/05.10.2015).

⁴⁷⁸ [...]

⁴⁷⁹ [...]

⁴⁸⁰ [...]

⁴⁸¹ [...]

⁴⁸² [...]

⁴⁸³ [...]

⁴⁸⁴ [...]

⁴⁸⁵ Υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 607/22.01.2015 και 8461/30.11.2016 ερωτηματολόγια της ΓΔΑ.

⁴⁸⁶ Υπ' αριθ. πρωτ. 713/03.02.2017 απαντητική επιστολή της GAMBRO.

314. Ο Πίνακας 7 παρουσιάζει συγκεντρωτικά τη διακύμανση της ποσοστιαίας διαφοράς των μέσων ετήσιων τιμών χονδρικής πώλησης των ανταλλακτικών στην εκάστοτε χώρα, σε σχέση με τις αντίστοιχες τιμές στην Ελλάδα. Έτσι, για παράδειγμα, οι τιμές των ανταλλακτικών στη Βουλγαρία σε σχέση με τις τιμές των αντίστοιχων ανταλλακτικών στην Ελλάδα, για το 2008 ήταν υψηλότερες, η ποσοστιαία διαφορά τους κυμαινόταν μεταξύ 23% και 270% (σχεδόν τριπλάσια). Αντίστοιχα για το 2013 οι τιμές των ανταλλακτικών στην Κροατία σε σχέση με τις τιμές των αντίστοιχων ανταλλακτικών στην Ελλάδα ήταν κατά περίπτωση από 74% φθηνότερες μέχρι και 13% υψηλότερες.

Πίνακας 7: Τιμές χονδρικής πώλησης σε σχέση με τις αντίστοιχες της Ελλάδας (% διαφορά)

	2008		2009		2010		2011		2012		2013		2014	
Ιρλανδία			-28,17%	0,07%	-49,78%	-14,22%	-74,64%	10,92%	-74,31%	8,07%	-54,03%	19,28%	-54,84%	-0,44%
Βουλγαρία	23,59%	270,52%	-11,96%	35,48%			-25,80%	-4,02%	-14,81%	-10,69%	-17,36%	-13,53%	-15,28%	-11,65%
Κροατία							-13,09%	2,61%	-53,32%	3,29%	-74,00%	12,71%	-4,35%	19,38%
Σλοβακία	-43,25%	137,70%	-15,26%	-9,24%	-11,78%	-11,46%	-24,61%	17,23%	-20,23%	20,84%	-22,01%	15,54%	-17,67%	-11,82%

Πηγή: Στοιχεία προσκομισθέντα από GAMBRO, επεξεργασία ΓΔΑ

315. Στην περίπτωση της Βουλγαρίας, αν και το 2008 οι τιμές των ανταλλακτικών στην Ελλάδα ήταν κατά πολύ φθηνότερες από τη Βουλγαρία, τα ακόλουθα χρόνια η εικόνα ανατράπηκε με τα ανταλλακτικά στην Ελλάδα να πωλούνται κατά κανόνα ακριβότερα.

316. Από τη σύγκριση των μέσων ετήσιων τιμών χονδρικής πώλησης μεταξύ Ελλάδας και Ιρλανδίας, προκύπτει ότι κατά κανόνα οι τιμές στην Ιρλανδία είναι κατά πολύ φθηνότερες από τις τιμές των αντίστοιχων ανταλλακτικών στην Ελλάδα (υπάρχουν ενίοτε και περιπτώσεις όπου ένα ανταλλακτικό πωλείται φθηνότερα στην Ελλάδα).

317. Τέλος, στην περίπτωση της Κροατίας και της Σλοβακίας, η εικόνα δεν είναι ξεκάθαρη με τις τιμές των ανταλλακτικών να είναι κατά περίπτωση ακριβότερες ή φθηνότερες στην Ελλάδα.

ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙ ΑΝΤΙ-ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΩΝ ΣΥΜΦΩΝΙΩΝ

Άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 - Άρθρο 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ

318. Βάσει των αρχών που διέπουν τη διαχρονική εφαρμογή του δικαίου, καθώς και των αρχών της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου, οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο επέλευσης των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις⁴⁸⁷. Επομένως, κάθε συμπεριφορά επιχείρησης, η οποία εκδηλώθηκε και έπαυσε προ της 20.4.2011 (ημερομηνία θέσης σε ισχύ του ν. 3959/2011) και η οποία πιθανολογείται ότι πληροί τις προϋποθέσεις εφαρμογής της προβλεπόμενης στο προϊσχύσαν άρθρο 1 του ν. 703/1977 παράβασης, αξιολογείται βάσει του εν λόγω άρθρου.

319. Προκειμένου, ωστόσο, περί παραβατικής συμπεριφοράς διαρκείας, με χρονική αφετηρία εκδήλωσης προγενέστερη της θέσης σε ισχύ του νέου ν. 3959/2011, η οποία ωστόσο διαρκεί και μετά τη θέσπιση του νόμου αυτού, ως χρόνος διάπραξης της παράβασης, θεωρείται εκείνος κατά τον οποίον εξακολουθεί η δημιουργηθείσα από την συμπεριφορά του δράστη κατάσταση και, επομένως, η συμπεριφορά αυτή καταλαμβάνεται από το ρυθμιστικό πεδίο του νέου νόμου που θεσπίστηκε διαρκούσης

⁴⁸⁷ Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΕ C-201/09 και C-216/09, *ArcelorMittal Luxembourg SA κ. Επιτροπής*, Συλλ. 2011 σελ. I-2239, σκ. 67-71.

της παράβασης και κατήργησε τον παλαιότερο. Συνεπώς, στην υπό κρίση υπόθεση, οι παραβατικές συμπεριφορές των καταγγελλόμενων επιχειρήσεων, οι οποίες διήρκεσαν και μετά το χρονικό αυτό σημείο αξιολογούνται βάσει του άρθρου 1 του ν. 3959/2011⁴⁸⁸.

320. Το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 απαγορεύει όλες τις συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες τις αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής και των αγορών, ή στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού.
321. Προϋποθέσεις, επομένως, εφαρμογής της ανωτέρω διάταξης, η συνδρομή ή μη των οποίων θα πρέπει να ερευνηθεί στην υπό κρίση υπόθεση, είναι:
- (α) Η ύπαρξη συμφωνίας, εναρμονισμένης πρακτικής μεταξύ επιχειρήσεων, ή απόφασης ένωσης επιχειρήσεων, και
- (β) Το αντικείμενο ή αποτέλεσμα της σύμπραξης να είναι ο περιορισμός, η παρακώλυση ή η νόθευση του ανταγωνισμού.
322. Αντίστοιχες με τις βασικές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 είναι και αυτές που τάσσονται για την εφαρμογή του άρθρου 101 παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΣΛΕΕ). Ουσιαστικά, η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 είναι σχεδόν πανομοιότυπη με τη διάταξη του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ και μοναδική επιπλέον προϋπόθεση εφαρμογής της ενωσιακής διάταξης σε σχέση με τη διάταξη του εθνικού δικαίου, είναι αυτή της «δυνατότητας σοβαρής επίδρασης στο ενδοκοινοτικό εμπόριο»⁴⁸⁹.
323. Βάσει του άρθρου 3 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003⁴⁹⁰, οι αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια των κρατών μελών οφείλουν να εφαρμόζουν το άρθρο 101 ΣΛΕΕ σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές κατά την έννοια της παραγράφου 1 αυτού, οι οποίες δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, όταν εφαρμόζουν την εθνική τους νομοθεσία ανταγωνισμού στις εν λόγω συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές. Κατά συνέπεια, για την παράλληλη εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ θα πρέπει να εξεταστεί εάν στην παρούσα υπόθεση συντρέχει το κριτήριο του επηρεασμού του διακοινοτικού εμπορίου.

Επηρεασμός ενδοκοινοτικού εμπορίου στην παρούσα υπόθεση

324. Το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου είναι αυτόνομο κριτήριο του ευρωπαϊκού δικαίου, το οποίο πρέπει να εκτιμάται χωριστά σε κάθε περίπτωση και οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού⁴⁹¹. Το εν λόγω κριτήριο πληρούται, όταν οι εξεταζόμενες κάθε φορά

⁴⁸⁸ Σε κάθε περίπτωση, υπενθυμίζεται ότι τα άρθρα 1 του ν. 703/1977 και 1 του ν. 3959/2011 είναι αντίστοιχα (και σχεδόν πανομοιότυπα) και η αξιολόγηση των υπό εξέταση συμπεριφορών δε θα διέφερε με την εφαρμογή της παλαιότερης ή της νεότερης διάταξης.

⁴⁸⁹ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1731/2001, Επισκ. Εμπ. Δικ., 2003, σελ. 1053.

⁴⁹⁰ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ L 1, της 04.01.2003, σελ. 1.

⁴⁹¹ Βλ. σχετικά Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ C 101/07, της 27/04/2004, παρ. 12-13.

συμφωνίες και πρακτικές δύνανται να έχουν ένα ελάχιστο επίπεδο διασυνοριακών επιπτώσεων στο εσωτερικό της Ένωσης. Κατά πάγια νομολογία, για να μπορεί μια απόφαση, συμφωνία ή πρακτική να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών πρέπει, βάσει ενός συνόλου νομικών και πραγματικών στοιχείων, να μπορεί να πιθανολογηθεί επαρκώς ότι μπορεί να ασκήσει άμεση ή έμμεση, πραγματική ή δυνητική επίδραση στα εμπορικά ρεύματα μεταξύ κρατών μελών⁴⁹². Η έννοια της επίδρασης στα εμπορικά ρεύματα δεν προϋποθέτει μόνο τον περιορισμό ή τη μείωση του εμπορίου, αλλά οποιαδήποτε διαφοροποίηση των εμπορικών ρευμάτων - αρκεί αυτή να είναι αισθητή⁴⁹³.

325. Είναι αδιάφορο εάν εξεταζόμενο μεμονωμένα κάθε μέρος της συμφωνίας και κάθε περιορισμός του ανταγωνισμού που ενδέχεται να απορρέει από τη συμφωνία αυτή δύναται να έχει το εν λόγω αποτέλεσμα. Εάν η συμφωνία μπορεί στο σύνολό της να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, το ενωσιακό δίκαιο εφαρμόζεται στο σύνολο της συμφωνίας περιλαμβανομένων και των τμημάτων της, τα οποία μεμονωμένα μπορεί να μην επηρεάζουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών. Είναι, επίσης, αδιάφορο εάν η συμμετοχή δεδομένης επιχείρησης επηρεάζει ή όχι αισθητά το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών⁴⁹⁴. Μία επιχείρηση δεν μπορεί να αποφύγει την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου για το λόγο ότι η συμμετοχή της σε συμφωνία που μπορεί να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών είναι αμελητέα⁴⁹⁵.
326. Η εκτίμηση του αισθητού χαρακτήρα του επηρεασμού εξαρτάται από τις περιστάσεις κάθε μεμονωμένης περίπτωσης και ιδίως από τη φύση της συμφωνίας ή της πρακτικής, από τη φύση των καλυπτόμενων προϊόντων και από τη θέση των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων στην αγορά⁴⁹⁶.
327. Εάν από την ίδια τη φύση της η συμφωνία ή πρακτική δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, το αποδεικτικό μέτρο για τη διαπίστωση του αισθητού επηρεασμού είναι χαμηλότερο από ότι στην αντίθετη περίπτωση.
328. Ομοίως, όσο σημαντικότερη είναι η θέση των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων στην αγορά, τόσο πιο πιθανό είναι ότι μία συμφωνία ή πρακτική δύναται να επηρεάσει αισθητά το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών⁴⁹⁷. Το μέγεθος των εξεταζόμενων επιχειρήσεων στην αγορά και ο όγκος πωλήσεών τους παρέχουν ποσοτικές ενδείξεις

⁴⁹² Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 της Συνθήκης (2004/C 101/07), παρ. 9-12 και τη σχετική ενωσιακή νομολογία στην οποία παραπέμπει, καθώς και ΔΕΚ, C-209-215/78 & 218/78, *Van Landewyck κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1980, σελ. I-3125, σκ. 170, ΔΕΚ C-219/95, *Ferriere Nord Spa κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1997, σελ. I-4411, σκ. 20.

⁴⁹³ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΚ C-8/72, *Vereniging van Cementhandelaren κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1972-1973, σελ. I- 221, σκ. 29 και ΔΕΚ C-42/84 *Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1985, σελ. I-2545, σκ. 22 και ΠΕΚ T-29/92, *SPO κ.λπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1995, σελ. II-289, σκ. 299. Βλ. και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 33 και 74.

⁴⁹⁴ Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΚ C-193/83, *Windsurfing κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1986, σελ. I- 611, σκ. 96, ΠΕΚ T-77/94 *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten*, Συλλ. II-759, σκ. 126 και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ό.π. παρ. 14.

⁴⁹⁵ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, παρ. 14-15 και νομολογία στην οποία παραπέμπει.

⁴⁹⁶ Βλ. απόφαση ΔΕΚ C-306/96, *Javico*, Συλλ. 1998, σελ. I-1983, σκ. 17 και ΠΕΚ T-65/89, *BPB Industries και British Gypsum*, Συλλ. 1993, σελ. I-389, σκ. 138 και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 44.

⁴⁹⁷ Βλ. απόφαση ΠΕΚ T-65/89, *BPB Industries και British Gypsum*, ο.π. σκ. 138 και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης ό.π., παρ.45.

για την ικανότητα της συμφωνίας να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών⁴⁹⁸.

329. Η φύση των προϊόντων που καλύπτονται ή/και επηρεάζονται από τις συμφωνίες ή πρακτικές παρέχει επίσης μία ένδειξη για το εάν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών δύναται να επηρεαστεί. Το ενωσιακό δίκαιο είναι εφαρμοστέο όταν τα προϊόντα που επηρεάζονται άμεσα ή έμμεσα από τις συμφωνίες ή πρακτικές, αποτελούν ή δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο διασυνοριακών συναλλαγών.
330. Ως προς τη φύση της πιθανολογούμενης παράβασης, γίνεται δεκτό ότι ιδίως η ικανότητά της να εμποδίσει την είσοδο ανταγωνιστών στην αγορά, παρέχει επαρκείς ενδείξεις για το βαθμό στον οποίο η συμφωνία ή πρακτική δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών⁴⁹⁹. Ιδίως οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων που επιβάλλουν περιορισμούς στις εισαγωγές και τις εξαγωγές είναι από την ίδια τους τη φύση ικανές να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών. Στις περιπτώσεις αυτές υπάρχει εγγενής σχέση μεταξύ του πιθανολογούμενου περιορισμού του ανταγωνισμού και της επίδρασης στο εμπόριο, εφόσον ο περιορισμός αποσκοπεί στο να περιορίσει τις ροές αγαθών και υπηρεσιών μεταξύ των κρατών μελών, στις οποίες διαφορετικά δεν θα υπήρχαν εμπόδια. Είναι αδιάφορο εάν τα μέρη είναι εγκατεστημένα στο ίδιο ή σε διαφορετικά κράτη μέλη⁵⁰⁰. Περαιτέρω, οι κάθετες συμφωνίες και τα δίκτυα ομοειδών κάθετων συμφωνιών που εφαρμόζονται σε περισσότερα του ενός κράτη μέλη δύνανται καταρχήν να επηρεάσουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο εάν εκτρέπουν τα εμπορικά ρεύματα προς ορισμένη κατεύθυνση⁵⁰¹.
331. Σε περίπτωση συμφωνιών που από την ίδια τη φύση τους δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, για παράδειγμα διότι αφορούν σε εισαγωγές ή εξαγωγές ή καλύπτουν περισσότερα του ενός κράτη μέλη, θεωρείται ότι υπάρχει μαχητό τεκμήριο ότι η επίδραση στο εμπόριο είναι αισθητή, εάν το μερίδιο αγοράς των μερών υπερβαίνει το 5% στη σχετική αγορά που επηρεάζεται από τη συμφωνία⁵⁰².
332. Τέλος, η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου εκτείνεται σε κατηγορίες συμφωνιών και πρακτικών που δύνανται να έχουν διασυνοριακές επιπτώσεις, ανεξάρτητα από το εάν μία συγκεκριμένη συμφωνία ή πρακτική είχε ή όχι το αποτέλεσμα αυτό⁵⁰³.
333. Εν προκειμένω, ο επηρεασμός του διακοινοτικού εμπορίου και κατά συνέπεια η παράλληλη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου προκύπτει ιδίως από τον ακόλουθο συνδυασμό παραγόντων:
- i. Οι υπό εξέταση συμβάσεις της καταγγελλόμενης GAMBRO με την έτερη καταγγελλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, περιλαμβάνουν σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού (καθόσον αυτοί προβλέπουν ρητά και κατατείνουν στην απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών), με σημαντικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και στο εμπόριο μεταξύ κρατών μελών. Κατά τεκμήριο, η απαγόρευση του παράλληλου εμπορίου επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών.
 - ii. Η εταιρία GAMBRO δραστηριοποιείται δια του δικτύου διανομής της στις περισσότερες από τις χώρες μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθ' όλη την υπό εξέταση

⁴⁹⁸ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 30-31.

⁴⁹⁹ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 29.

⁵⁰⁰ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 62-63.

⁵⁰¹ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π., παρ. 70.

⁵⁰² Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π. παρ.52-56.

⁵⁰³ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, ό.π. παρ.26-27.

περίοδο και κατά συνέπεια τα επίμαχα προϊόντα θα μπορούσαν να αποτελούν αντικείμενο διασυνοριακών συναλλαγών και όχημα αλληλοδιείσδυσης των εθνικών αγορών της Ένωσης, στην περίπτωση που η προμηθεύτρια εταιρία δεν εφήρμοζε την υπό εξέταση αντι-ανταγωνιστική εμπορική πολιτική αποτροπής του παράλληλου εμπορίου και στεγανοποίησης των αγορών.

iii. Το συνολικό μερίδιο αγοράς που κατείχε η GAMBRO στην ελληνική αγορά αναφοράς, αλλά και στην ευρωπαϊκή αγορά⁵⁰⁴, ξεπερνά κατά πολύ το όριο του 5% κατά την επίμαχη περίοδο.

334. Υφίσταται, επομένως, τεκμήριο περί αισθητού επηρεασμού του εμπορίου μεταξύ των κρατών μελών και, κατά συνέπεια, οι υπό εξέταση συμπεριφορές θα πρέπει να ελεγχθούν παράλληλα και υπό το πρίσμα του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

Άρθρο 1 παρ. 3 του ν. 3959/2011 και 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ

335. Ως εξαίρεση από τους απαγορευτικούς κανόνες των άρθρων 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ, τα άρθρα 1 παρ. 3 του ν. 3959/2011 και, αντίστοιχα, 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, προβλέπουν ότι η σχετική απαγόρευση δεν εφαρμόζεται σε περίπτωση συμφωνιών επιχειρήσεων που συμβάλλουν στην βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, εξασφαλίζοντας συγχρόνως τους καταναλωτές δίκαιο τμήμα από το όφελος που προκύπτει και οι οποίες δεν επιβάλλουν περιορισμούς που δεν είναι απαραίτητοι για την επίτευξη των στόχων αυτών και δεν παρέχουν στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού σε σημαντικό τμήμα των σχετικών προϊόντων.

336. Σύμφωνα δε με το άρθρο 3 παρ. 2 του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003, η εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας ανταγωνισμού σε μια συγκεκριμένη υπόθεση δεν επιτρέπεται να έχει ως αποτέλεσμα την απαγόρευση συμφωνιών, αποφάσεων ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένων πρακτικών, οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, αλλά δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό κατά την έννοια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ή οι οποίες πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, ή καλύπτονται από κανονισμό για την εφαρμογή του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ.

Η τυχόν συνδρομή των τεσσάρων ανωτέρω σωρευτικών προϋποθέσεων της παρ. 3 των άρθρων 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ, προκειμένου να εξαιρεθεί η υπό κρίση συμφωνία από την απαγόρευση του νόμου, εξετάζεται στη συνέχεια.

Κανονισμός Ομαδικής Απαλλαγής 330/2010

337. Ο Κανονισμός (ΕΕ) 330/2010⁵⁰⁵, σε συνδυασμό με τις ερμηνευτικές Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τους κάθετους περιορισμούς⁵⁰⁶, θέτουν τις προϋποθέσεις χορήγησης ομαδικής απαλλαγής σε κάθετες συμπράξεις που υπάγονται στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ, εισάγοντας ουσιαστικά ένα τεκμήριο νομιμότητας για τις κάθετες συμφωνίες, το οποίο εφαρμόζεται στις

⁵⁰⁴ Στο βαθμό τουλάχιστον που προκύπτει από την προαναφερθείσα Απόφαση της Ε.Επ, Μ 6851, BAXTER – GAMBRO.

⁵⁰⁵ Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 330/2010 της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών, ΕΕ L 102 της 23.4.2010, (εφεξής «Κανονισμός 330/2010 ή Κανονισμός Ομαδικής Απαλλαγής»).

⁵⁰⁶ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ΕΕ C 130, 19/05/2010 (εφεξής «Κατευθυντήριες γραμμές»).

περιπτώσεις που το μερίδιο αγοράς του προμηθευτή ή/και του αγοραστή στη σχετική αγορά δεν υπερβαίνει το όριο του 30%⁵⁰⁷.

338. Απαραίτητη, όμως, προϋπόθεση για την εφαρμογή του ευεργετήματος της απαλλαγής σε συγκεκριμένη συμφωνία είναι η απουσία περιοριστικών όρων που θεωρούνται ιδιαίτερα βλαπτικοί για τον ανταγωνισμό. Πιο συγκεκριμένα, ο Κανονισμός Ομαδικής Απαλλαγής απαριθμεί, στο άρθρο 4, σειρά περιορισμών, οι οποίοι χαρακτηρίζονται ως «περιορισμοί ιδιαίτερης σοβαρότητας» (hardcore restrictions) και συνεπάγονται τον αποκλεισμό ολόκληρης της κάθετης συμφωνίας από το πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού (και συνακόλουθα τη μη εφαρμογή του ευεργετήματος της απαλλαγής στη συγκεκριμένη συμφωνία)⁵⁰⁸, ανεξάρτητα από το μερίδιο αγοράς των επιχειρήσεων που συνήψαν την κάθετη αυτή συμφωνία⁵⁰⁹. Περαιτέρω, η ύπαρξη τέτοιων περιορισμών ιδιαίτερης σοβαρότητας (όπως, για παράδειγμα, ο καθορισμός παγίου ή ελάχιστου επιπέδου τιμής μεταπώλησης, η κατανομή της αγοράς κατά περιοχές, η απαγόρευση παράλληλου εμπορίου κλπ) σε μια συμφωνία καθιστά ιδιαίτερα δύσκολη στην πράξη τη θεμελίωση ατομικής απαλλαγής με βάση το άρθρο 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ και το άρθρο 1 παρ. 3 ν. 3959/2011, εξαιτίας του γεγονότος ότι οι εν λόγω περιορισμοί θεωρούνται κατά κανόνα ιδιαίτερα βλαπτικοί για τον ανταγωνισμό⁵¹⁰.
339. Συνοψίζοντας, η ύπαρξη ενός περιορισμού ιδιαίτερης σοβαρότητας σε μια συμφωνία: (α) αποκλείει την εφαρμογή του ευεργετήματος της απαλλαγής, (β) οδηγεί στην παραδοχή ότι η συμφωνία συνεπάγεται αρνητικές επιπτώσεις για τον ανταγωνισμό και, συνεπώς, εμπίπτει στην απαγόρευση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ και (γ) οδηγεί στην επιπλέον παραδοχή ότι η συμφωνία είναι μάλλον απίθανο να πληροί τους όρους ατομικής απαλλαγής βάσει των άρθρων 1 παρ. 3 ν. 3959/2011 και 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ.
340. Επισημαίνεται, ως προς την κατά χρόνο ισχύ του Κανονισμού 330/2010, ότι ο προϊσχύσας Κανονισμός 2790/1999 τέθηκε σε ισχύ την 01.01.2000, άρχισε να εφαρμόζεται την 01.06.2000 και η ισχύς του έληξε την 31.05.2010⁵¹¹, ενώ ο Κανονισμός 330/2010 τέθηκε σε ισχύ την 01.06.2010⁵¹². Ενόψει των ανωτέρω, οι υπό εξέταση συμφωνίες εμπίπτουν στην κανονιστική εμβέλεια του Κανονισμού 330/2010, καθόσον άλλες συνήφθησαν μετά την 01.06.2010 και άλλες παρέμειναν σε ισχύ και μετά την ημερομηνία αυτή. Για το λόγο αυτό γίνεται αναφορά στον Κανονισμό 330/2010 και στις αντίστοιχες Κατευθυντήριες Γραμμές. Σε κάθε περίπτωση, ο νεώτερος Κανονισμός και οι αντίστοιχες νέες Κατευθυντήριες Γραμμές δεν παρουσιάζουν ουσιαστικές διαφοροποιήσεις για τους σκοπούς της παρούσας απόφασης, σε σύγκριση με τον Κανονισμό 2790/1999 και τις αντίστοιχες παλαιότερες

⁵⁰⁷ Βλ. Κανονισμό 330/2010 άρθρο 3 παρ. 1, σύμφωνα με το οποίο η εφαρμογή του ευεργετήματος της απαλλαγής κατά κατηγορία εξαρτάται από το μερίδιο αγοράς που κατέχει ο προμηθευτής στην αγορά όπου πωλεί τα συμβατικά αγαθά ή υπηρεσίες και από το μερίδιο που κατέχει ο αγοραστής στην αγορά όπου αγοράζει τα συμβατικά αγαθά ή υπηρεσίες. Προκειμένου να εφαρμοστεί το ευεργέτημα της απαλλαγής κατά κατηγορία, το μερίδιο αγοράς του προμηθευτή και το μερίδιο αγοράς του αγοραστή πρέπει να μην υπερβαίνουν έκαστο το 30%. Βλ. και Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, παρ. 23.

⁵⁰⁸ Κανονισμός 330/2010, ό.π., άρθρο 4 και Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 47.

⁵⁰⁹ Κανονισμός 330/2010, ό.π., αιτιολογική σκέψη 10, Κατευθυντήριες γραμμές, ο.π., παρ. 10, καθώς και Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ. 3 της Συνθήκης, ΕΕ 2003 C 101, σ. 97, παρ. 23.

⁵¹⁰ Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 47 επ.

⁵¹¹ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 2790/1999 της Επιτροπής, σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ. 3 της Συνθήκης σε κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών, ΕΕ L 336 της 29.12.1999, άρθρο 13.

⁵¹² Κανονισμός 330/2010, ό.π., άρθρο 10.

Κατευθυντήριες Γραμμές, (όπου δε κατά περίπτωση είναι αναγκαίο, για λόγους ερμηνείας ή κατά περίπτωση εφαρμογής, αναφέρονται τόσο ο παλαιότερος Κανονισμός 2790/2000, όσο και οι παλιές Κατευθυντήριες Γραμμές).

ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙ ΚΑΤΑΧΡΗΣΗΣ ΔΕΣΠΟΖΟΥΣΑΣ ΘΕΣΗΣ

Άρθρο 2 του ν. 3959/2011 /Άρθρο 102 ΣΛΕΕ

341. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του ν. 3959/2011: «*Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης στο σύνολο ή μέρος της αγοράς της Ελληνικής Επικράτειας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση μπορεί να συνίσταται ιδίως: α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη εύλογων τιμών αγοράς ή πώλησεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης με ζημία των καταναλωτών, γ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών*».
342. Επομένως, προϋποθέσεις εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων είναι α) η κατοχή δεσπόζουσας θέσης από επιχείρηση στο σύνολο ή μέρος της σχετικής αγοράς της χώρας και β) η καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσης αυτής.
343. Αντίστοιχες είναι και οι βασικές προϋποθέσεις που τάσσονται από τον ενωσιακό νομοθέτη για την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, εφόσον υπάρχει επηρεασμός του διακοινοτικού εμπορίου⁵¹³.
344. Κατά την έννοια της εν λόγω διάταξης, μία επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση όταν κατέχει θέση οικονομικής ισχύος που της παρέχει τη δυνατότητα να εμποδίζει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και της επιτρέπει να συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της και τους πελάτες της και, εν τέλει, από τους καταναλωτές⁵¹⁴. Η επιχείρηση αυτή, ανεξάρτητα από τα αίτια δημιουργίας τέτοιας θέσης, φέρει ιδιαίτερη ευθύνη να μη βλάπτει με τη συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην αγορά⁵¹⁵. Οι σχετικές διατάξεις δεν απαγορεύουν την κατοχή ή απόκτηση δεσπόζουσας θέσης, αλλά την καταχρηστική εκμετάλλευσή της.
345. Εν προκειμένω, ελέγχεται στο οικείο κεφάλαιο ο ισχυρισμός της καταγγέλλουσας ότι οι εταιρίες GAMBRO και ΜΠΑΞΤΕΡ (η δεύτερη από το έτος 2016), καθώς και η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ κατέχουν και καταχρώνται τη δεσπόζουσα θέση τους στην αγορά αναφοράς.

⁵¹³ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης. ΕΕ C 101/07, της 27.04.2004.

⁵¹⁴ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978, σελ. I-207, σκ. 65, ΔΕΚ 85/76, *Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1979, σελ. I- 461, σκ. 38-39 και ΔΕΚ 322/81, *Michelin κατά Επιτροπής (Michelin I)*, Συλλ. 1983, σελ. I- 3461, σκ. 57.

⁵¹⁵ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ C-322/81 *Michelin κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 70, ΓενΔΕΕ T-65/89 *BPB Industries Plc & British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 67, ΓενΔΕΕ T-83/91 *Tetra Pak κατά Επιτροπής (Tetra Pak II)*, Συλλ. 1994, σελ. I- 755, σκ. 113-114, ΓενΔΕΕ T-219/99 *British Airways plc κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. 5917, σκ. 242.

ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡ. 1 Ν. 3959/2011 ΚΑΙ 101 ΣΛΕΕ**Η έννοια της επιχείρησης**

346. Τα άρθρα 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ έχουν εφαρμογή σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων. Ως «*επιχείρηση*», κατά το δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, νοείται κάθε φυσικό πρόσωπο ή οικονομική ενότητα που ασκεί εμπορική ή άλλη οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που το διέπει και από τον τρόπο χρηματοδότησής του⁵¹⁶. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι «*το άρθρο 81 [ήδη 101] της συνθήκης [...] απευθύνεται σε οικονομικές μονάδες, έκαστη των οποίων περιλαμβάνει ενιαία οργάνωση προσωπικών, υλικών και άυλων στοιχείων, τα οποία έχουν ταχθεί στη διαρκή επιδίωξη ορισμένου οικονομικού σκοπού, η οποία οργάνωση δύναται να συντελέσει στη διάπραξη παραβάσεως προβλεπομένης από τη διάταξη αυτή*»⁵¹⁷. Ειδικότερα, η ύπαρξη επιχείρησης προϋποθέτει αυτονομία οικονομικής δράσης και συνακόλουθα πλήρη ανάληψη των οικονομικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκάστοτε οικονομική δραστηριότητα. Ως «*οικονομική δραστηριότητα*» νοείται κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά.
347. Εν προκειμένω, οι επιχειρήσεις GAMBRO και ο εξουσιοδοτημένος κατά το επίμαχο διάστημα αποκλειστικός διανομέας της στην Ελλάδα, ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, όπως και οι λοιποί εξουσιοδοτημένοι διανομείς της σε άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά και η ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ προδήλως και άνευ αμφισβητήσεως από τα μέρη, διεξάγουν, αυτόνομα η καθεμιά, οικονομική δραστηριότητα και ως εκ τούτου συνιστούν επιχειρήσεις κατά την έννοια των διατάξεων του ελεύθερου ανταγωνισμού. Το αυτό ισχύει και για την καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ, για τους λόγους που θα αναλυθούν στη συνέχεια.
348. Περαιτέρω, πρέπει να προστεθεί ότι η έννοια της «*επιχείρησης*» είναι, στο πλαίσιο του δικαίου του ανταγωνισμού, περισσότερο οικονομική παρά νομική και το αποφασιστικό κριτήριο για την υπαγωγή στην έννοια αυτή είναι η οικονομική και όχι η νομική αυτοτέλεια της επιχείρησης. Κατά πάγια θεωρία⁵¹⁸ και νομολογία, «*η έννοια της επιχειρήσεως, από απόψεως του δικαίου περί ανταγωνισμού, εκλαμβάνεται ως υποδηλώνουσα οικονομική ενότητα από απόψεως αντικειμένου της επίδικης συμφωνίας, έστω και αν, από νομικής απόψεως, η οικονομική αυτή ενότητα απαρτίζεται από πλείονα φυσικά ή νομικά πρόσωπα*»⁵¹⁹.
349. Στο πλαίσιο αυτό, για τους σκοπούς της εφαρμογής των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, η τυπική διάκριση μεταξύ δύο εταιριών, ως απόρροια της διακεκριμένης νομικής προσωπικότητάς τους, δεν είναι αποφασιστικής σημασίας,

⁵¹⁶ Βλ. ΔΕΚ, C-41/90, *Hofner και Elser*, Συλλ. 1991, σελ. I-1979, σκ. 21, ΔΕΚ C-55/96, *Job Centre II*, Συλλ. 1997, σελ. I-7119, σκ. 21, ΔΕΚ C-180-184/98, *Pavlov*, Συλλ. 2000, σελ. I-6451, σκ. 74, και ΔΕΚ C-218/00, *Cisal di Batistello Venanzio*, Συλλ. 2002, σελ. I-691, σκ. 22 και ΕΑ 292/IV/2005, *Οδοντιατρικοί Σύλλογοι*, παρ.2.1, η οποία επικυρώθηκε από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τις υπ' αριθ. ΔΕφαΘ 1026/2007, 1027/2007 και 1028/2007 αποφάσεις, καθώς επίσης και από το ΣτΕ (βλ. ΣτΕ Ολ 149/2015 & την ΣτΕ Ολ 150/2015), και ΕΑ 518/VI/2011, *Μεσίτες*, σκ. 102, η οποία επικυρώθηκε από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τις ΔΕφαΘ 2821/2013 και 502/2013 αποφάσεις.

⁵¹⁷ ΠΕΚ T-352/94, *Mo Och Domsjö AB κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1998, σ. II-1989, σκ. 87.

⁵¹⁸ Βλ. ενδεικτικά R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*, 2012, Oxford, 7th ed., σελ. 83 επ., L. Ritter-W.D. Jones, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 2005, σελ. 44 επ., Λ. Κοτσίρη, *Δίκαιο Ανταγωνισμού*, 2000, σελ. 407 επ.

⁵¹⁹ Βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΚ C-170/83, *Hydrotherm*, Συλλ. 1984, σελ. I-2999, σκ. 11, ΠΕΚ T-234/95, *DSG κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. II-2603, σκ. 124. Βλ. επίσης ΕΑ 364/V/2007, 426/V/2008 και 559/VII/2013 σκ. 86, με παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία, καθώς και ΕΑ 518/VI/2011, *Μεσίτες*, σκ. 102 και επ. και ΕΑ 376/V/2008, *ΙΚΑ/Τράπεζες*, παρ. 6.1.1.

αντίθετα καθοριστικό κριτήριο είναι το αυτοτελές ή μη της συμπεριφοράς τους στην υπό εξέταση αγορά. Επομένως, δύο ή περισσότερες εταιρίες με διακεκριμένες νομικές προσωπικότητες δύνανται να συνιστούν μία επιχείρηση ή μία ενιαία οικονομική ενότητα, εφόσον συμπεριφέρονται κατά τρόπο ενιαίο στη συγκεκριμένη αγορά⁵²⁰ και για το λόγο αυτό το άρθρο περί απαγορευμένων συμπράξεων δεν έχει εφαρμογή στις μεταξύ τους σχέσεις.

350. Το ως άνω κριτήριο εφαρμόζεται κατά πάγια νομολογία, αφενός στις σχέσεις εντός μίας ενιαίας οικονομικής μονάδας ή επιχείρησης, όπως είναι οι σχέσεις μεταξύ μιας μητρικής εταιρίας και των εξαρτώμενων θυγατρικών της ή μεταξύ εταιριών του ίδιου ομίλου⁵²¹, αφετέρου - υπό προϋποθέσεις αναγόμενες στην αυτοτέλεια της οικονομικής τους δράσης- στις σχέσεις μεταξύ μιας εταιρίας και του εμπορικού αντιπροσώπου της.
351. Συνεπώς, στην περίπτωση «αδελφών επιχειρήσεων», στις οποίες ασκείται αποφασιστική επιρροή από την ίδια μητρική εταιρία, εφαρμόζεται επίσης το εν λόγω κριτήριο, καθόσον οι επιχειρήσεις αυτές δεν θεωρούνται ανταγωνιστές, ακόμη κι αν δραστηριοποιούνται στην ίδια σχετική αγορά αναφοράς. Με αυτόν τον τρόπο αναγνωρίζεται ότι, λόγω έλλειψης ανεξαρτησίας στη λήψη των αποφάσεων ή λόγω αποφυγής υιοθέτησης αλληλοσυγκρουόμενων στρατηγικών, όπως λ.χ. η αποφυγή προσεταιρισμού πελατών της μίας θυγατρικής από την άλλη, είναι δύσκολη η ανάπτυξη ανταγωνιστικών σχέσεων ανάμεσα σε επιχειρήσεις που συνδέονται με τέτοιους δεσμούς με την ίδια μητρική εταιρία, ως θυγατρικές της⁵²².
352. Βάσει των ανωτέρω, οι καταγγελλόμενες GAMBRO και ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ, για το διάστημα που κατέστησαν, κατόπιν της συγκέντρωσης των ομίλων ΒΑΧΤΕΡ και GAMBRO, εξ ολοκλήρου ελεγχόμενες από την απώτερη μητρική εταιρία ΒΑΧΤΕΡ International Inc, αποτελούν ενιαία οικονομική ενότητα, στο πλαίσιο της οποίας δεν καθορίζουν αυτόνομα τη συμπεριφορά τους στην αγορά και για το λόγο αυτό οι μεταξύ τους συμφωνίες περί διανομής των επίμαχων προϊόντων, αφοτου η ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ανέλαβε τη διανομή των προϊόντων σήματος GAMBRO στην ελληνική αγορά (από 2016), δεν συνιστούν σύμπτωση βουλήσεων ανεξάρτητων οικονομικώς επιχειρήσεων και εκφεύγουν της κανονιστικής εμβέλειας των διατάξεων των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ και τούτο αναφέρεται, για λόγους πληρότητας της παρούσας, μολοντί με την υπ' αρ. 1437/24.02.2016 καταγγελία ρητά δεν καταγγέλλεται παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ κατά της ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ. Επιπροσθέτως, όπως αναφέρεται ρητά στις Κατευθυντήριες Γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, στις κάθετες συμφωνίες που κατά κανόνα δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ συμπεριλαμβάνονται και οι συμφωνίες υπεργολαβίας⁵²³. Οι συμφωνίες αυτές

⁵²⁰ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-107/82, *AEG κ. Επιτροπής*, Συλλ.1983, I-3151, ΠΕΚ, T-65/89 *BPB Industries κατά Επιτροπής*, ο.π.. Βλ. επίσης Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, σημείο 11, όπου αναφέρεται ότι: «οι εταιρίες οι οποίες ανήκουν στην ίδια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 101 παράγραφος 1 ΣΛΕΕ δεν θεωρούνται ανταγωνιστές για τους σκοπούς των κατευθυντήριων γραμμών. Το άρθρο 101 εφαρμόζεται μόνον σε συμφωνίες μεταξύ ανεξάρτητων επιχειρήσεων. Όταν μια εταιρία ασκεί αποφασιστική επιρροή σε άλλη εταιρία, τότε οι δύο αυτές εταιρίες αποτελούν ενιαία οικονομική οντότητα και, επομένως, ανήκουν στην ίδια επιχείρηση».

⁵²¹ Βλ. ΔΕΚ C- 48/69 *ICI* κατά Επιτροπής, Συλλ. 1972-1973, σελ. I-99, σκ. 134, ΔΕΚ C 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen κλπ*, Συλλ. 1989, σελ. I-803, σκ. 35, ΠΕΚ 68/89, T- 77/89 και 78/89 *SIV κλπ* κατά Επιτροπής, Συλλ. 1992, σελ. II-1403, σκ. 357.

⁵²² Αναφορικά με την εφαρμογή του κριτηρίου σε σύστημα διανομής μέσω επιχειρήσεων του ίδιου ομίλου, βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΚ C-73/95, *Vihho Europe BV κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1996, σελ. I-5457, σκ. 15 επ. και Ε.Α. 514/VI/2011, σκ. 100.

⁵²³ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές, ο.π., παρ. 22.

καλύπτουν τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ανατίθεται σε ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο (υπεργολάβο) η παραγωγή ορισμένων προϊόντων, η παροχή υπηρεσιών ή η εκτέλεση μιας εργασίας (αποκλειστικά) για τον εντολέα, με βάση συγκεκριμένη τεχνολογία ή εξοπλισμό που παρέχει ο εντολέας και υπό τον όρο ότι ο υπεργολάβος θα ακολουθήσει τις οδηγίες και τις κατευθύνσεις του. Οι συμβάσεις υπεργολαβίας καλύπτονται από την «Ανακοίνωση της Επιτροπής της 18.12.1978 σχετικά με την αξιολόγηση ορισμένων συμβάσεων υπεργολαβίας σε σχέση με το άρθρο 85 παρ. 1 της Συνθήκης»⁵²⁴, η οποία εξακολουθεί να ισχύει. Στις περιπτώσεις εκείνες που ο εργολάβος παρέχει στον υπεργολάβο αναγκαία τεχνογνωσία, τεχνολογία ή εξοπλισμό για την εκτέλεση των εργασιών που του έχει αναθέσει, η κάθετη συμφωνία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω «Ανακοίνωσης για την υπεργολαβία» και εκφεύγει της κανονιστικής εμβέλειας των διατάξεων των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ⁵²⁵.

353. Ενόψει της μη εφαρμογής των επίμαχων διατάξεων του ελεύθερου ανταγωνισμού σε περιπτώσεις συμφωνιών υπεργολαβίας, κατά τα ανωτέρω, είναι σκόπιμη εν προκειμένω η αξιολόγηση της φύσης των συμβατικών σχέσεων των μερών, καθώς οι καταγγελλόμενες, GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, προβάλλουν, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας, ότι η ΣΕΡΚΟ δεν ήταν κατά το εξεταζόμενο διάστημα αποκλειστικός στην Ελλάδα διανομέας ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων σήματος GAMBRO, όπως ισχυρίζεται, παρά υπεργολάβος συντήρησης και επισκευής αυτών στη νότια Ελλάδα, δυνάμει της από 4.1.1999 συμβάσεως υπεργολαβίας που είχε καταρτισθεί μεταξύ αυτής και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, και ότι η τελευταία ήταν ο μοναδικός εξουσιοδοτημένος από την GAMBRO και αποκλειστικός διανομέας των προϊόντων της για την Ελλάδα, συμπεριλαμβανομένων των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής αυτών, δυνάμει διαδοχικών μεταξύ τους συμβάσεων διανομής (με τελευταία την από Οκτωβρίου 2003 σύμβαση), που επέτρεπαν στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ να διορίζει υπεργολάβους μετά από έγκριση της GAMBRO, και ότι ουδέποτε είχε συναφθεί διακριτή σύμβαση διανομής μεταξύ της GAMBRO και της καταγγέλλουσας.
354. Οι ανωτέρω, αντίθετοι μεταξύ τους, ισχυρισμοί των μερών αναφορικά με τη φύση των μεταξύ τους συμβατικών σχέσεων ήχθησαν προς διάγνωση ενώπιον των πολιτικών Δικαστηρίων, με την άσκηση, όπως προελέχθη, διαδοχικών αγωγών κατά των δύο πρώτων καταγγελλομένων από μέρους της καταγγέλλουσας, επί των οποίων εξεδόθη η υπ' αριθ. 5667/2013 οριστική απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και κατόπιν, με την άσκηση αντίθετων εφέσεων των διαδίκων μερών κατά της ως άνω οριστικής απόφασης, η υπ' αριθ. 2041/2016 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, η οποία έταμε τελεσίδικα την εν λόγω διαφορά.
355. Το δευτεροβάθμιο Δικαστήριο, ενώπιον του οποίου, σημειωτέον, προβλήθηκαν από τα διάδικα μέρη και προσκομίσθηκαν όλα τα εκατέρωθεν επιχειρήματα και οι αποδείξεις, τις οποίες τα μέρη επικαλούνται και στο πλαίσιο της εξεταζόμενης υπόθεσης, κατέληξε σχετικά με τη φυσιογνωμία των συμβατικών σχέσεων των μερών στις ακόλουθες διαπιστώσεις, οι οποίες υιοθετούνται με την παρούσα απόφαση, στη βάση του ίδιου σκεπτικού με αυτό της εφετειακής απόφασης, που παρατίθεται κατωτέρω:
356. Ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι από το έτος 1985 αποκλειστικά εξουσιοδοτημένη στην Ελλάδα διανομέας των ιατρικών μηχανημάτων τεχνητού

⁵²⁴ ΕΕ C 1 της 3.1.1979, σελ. 2

⁵²⁵ Βλ. ενδεικτικά και R. Whish-D. Bailey, *Competition Law* (2012), Oxford, 7th ed, σελ. 676, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sweet and Maxwell, 7th ed. παρ. 7.192 επ.

νεφρού της GAMBRO, παρέχοντας στους αγοραστές της (δημόσια νοσοκομεία και ιδιωτικές κλινικές στην Ελλάδα) διετή εγγύηση, δηλαδή δωρεάν συντήρησης αυτών, την οποία είχε αναθέσει στην καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ έναντι μηνιαίας αμοιβής. Επίσης, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ ήταν κατά τα έτη 1985 και 1986 αποκλειστική στην Ελλάδα διανομέας των ανταλλακτικών που απαιτούνταν για τη συντήρηση των ανωτέρω μηχανημάτων.

357. Ότι από το 1986 καταρτίστηκε μεταξύ της GAMBRO και της καταγγέλλουσας ΣΕΡΚΟ *άτυπη σύμβαση αποκλειστικής διανομής ανταλλακτικών των ως άνω μηχανημάτων, δυνάμει της οποίας η πρώτη πωλούσε αποκλειστικά στη δεύτερη τα εν λόγω εμπορεύματα, τα οποία η τελευταία εισήγαγε στην Ελλάδα και «τα μεταπωλούσε σε τρίτους στο δικό της όνομα, για δικό της λογαριασμό και με δικό της επιχειρησιακό κίνδυνο, ..., έχοντας την υποχρέωση να ακολουθεί τις οδηγίες της πρώτης εναγόμενης [GAMBRO], παραγωγού, ως προς την εμφάνιση και την ποιότητα των πωλούμενων προϊόντων, να διαθέτει προσωπικό για την προώθηση των πωλήσεων, να προστατεύει τα συμφέροντα και τη φήμη της παραγωγού, να διαθέτει τα αναγκαία αποθέματα για να μην παρουσιαστούν ελλείψεις στην αγορά, διατηρώντας με δικά της έξοδα κατάλληλη οργάνωση και υποδομή».* Συνεπώς, όπως εκρίθη τελεσίδικα από το Δικαστήριο και υιοθετείται με την παρούσα Απόφαση⁵²⁶, η ΣΕΡΚΟ, δυνάμει άτυπης σύμβασης διανομής που είχε συναφθεί μεταξύ αυτής και της GAMBRO, ήταν από το 1986 αποκλειστική στην Ελλάδα διανομέας των ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού παραγωγής GAMBRO.

358. Ότι μετά τη λήξη της διετούς δωρεάν συντήρησης των εν λόγω μηχανημάτων, η ΣΕΡΚΟ συμβαλλόταν, μετά από επιτυχή συμμετοχή της σε δημόσιους μειοδοτικούς διαγωνισμούς, αυτόνομα και για λογαριασμό της με τα νοσοκομεία και κλινικές για την επισκευή και τη συντήρησή τους, καθ' όλη την υπόλοιπη διάρκεια λειτουργίας τους, ούσα αποκλειστική πάροχος των υπηρεσιών συντήρησης των προϊόντων GAMBRO για τη νότια Ελλάδα, τις οποίες εκτελούσε *«σύμφωνα με τις εντολές και την τεχνογνωσία της πρώτης εναγόμενης [GAMBRO], η οποία την εξουσιοδοτούσε προς τούτο και εκπαίδευε του υπαλλήλους της ενάγουσας [ΣΕΡΚΟ], [...], ενώ της παρείχε και τις σχετικές βεβαιώσεις αρχικά του αποκλειστικού εξουσιοδοτημένου συντηρητή, μετέπειτα δε, από το έτος 2010 (Αύγουστος) του πιστοποιημένου παρόχου μέχρι τα μέσα Ιουνίου του 2011».* Συνεπώς, όπως τελεσίδικα διέγνωσε το Δικαστήριο και αξιολογείται με την παρούσα απόφαση, η ΣΕΡΚΟ, δυνάμει άτυπης σύμβασης διανομής που είχε συναφθεί μεταξύ αυτής και της GAMBRO, ήταν από το 1986 αποκλειστική διανομέας/πάροχος υπηρεσιών συντήρησης των μηχανημάτων GAMBRO στη νότια Ελλάδα, για το διάστημα μετά τη λήξη του χρόνου εγγύησης, κι όχι υπεργολάβος της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ.

359. Ότι η μόνη συμβατική σχέση που συνδέει την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ με την καταγγέλλουσα ήταν η ανάθεση από την πρώτη στη δεύτερη, ως υπεργολάβου, του έργου της συντήρησης των μηχανημάτων εντός του διετούς χρόνου εγγύησης αυτών έναντι μηνιαίας αμοιβής.

360. Κατόπιν των ανωτέρω, αξιολογείται ότι οι κάθετες συμφωνίες μεταξύ της καταγγέλλουσας ΣΕΡΚΟ και της καταγγελλόμενης GAMBRO, αναφορικά με τη διανομή ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των επίμαχων μηχανημάτων (μετά τη λήξη του χρόνου εγγύησης) εμπίπτουν ευθέως στο κανονιστικό πεδίο εφαρμογής των επίμαχων διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ, ως κάθετες συμφωνίες μεταξύ ανεξάρτητων επιχειρήσεων

⁵²⁶ Διευκρινίζεται ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της ΕΑ να υιοθετήσει ή όχι το σκεπτικό των πολιτικών δικαστηρίων, χωρίς να υπάρχει οποιαδήποτε δέσμευση από την εν λόγω κρίση. Βλ. παρ. 2 άρθρου 33 του ν. 3959/2011.

διανομέα και προμηθευτή. Το αυτό ισχύει και για τις συμβάσεις μεταξύ των καταγγελλομένων GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Αντίθετα, οι συμφωνίες μεταξύ της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και της ΣΕΡΚΟ για την ανάθεση από την πρώτη στη δεύτερη του έργου της συντήρησης των μηχανημάτων κατά τη διάρκεια του χρόνου της εγγύησης αυτών, εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής του ανταγωνισμού ως συμφωνίες μεταξύ εργοδότη και υπεργολάβου.

Η ύπαρξη συμφωνίας

361. Όπως προκύπτει από τη διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, καθώς και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, βασική προϋπόθεση εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων είναι η ύπαρξη διμερώς ή πολυμερώς συντονισμένης συμπεριφοράς, υπό τη μορφή συμφωνίας, απόφασης ένωσης επιχειρήσεων ή εναρμονισμένης πρακτικής ανεξάρτητων επιχειρήσεων⁵²⁷. «Συμφωνία» υφίσταται όταν τα μέρη, ρητά ή σιωπηρά, προσχωρούν σε κοινό σχέδιο δράσης που περιορίζει ή είναι πιθανό να περιορίσει την ατομική εμπορική τους συμπεριφορά μέσω του καθορισμού μιας γραμμής αμοιβαίας δράσης ή αποχής από τη δράση στην αγορά. Κατά πάγια νομολογία, για να υπάρχει συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή τους βούληση να συμπεριφερθούν στην αγορά κατά καθορισμένο τρόπο⁵²⁸.
362. Όσον αφορά τη μορφή εκφράσεως της εν λόγω κοινής βούλησης, αρκεί ένας όρος της συμφωνίας να αποτελεί την έκφραση της βούλησης των μερών να συμπεριφερθούν στην αγορά σύμφωνα με τη συμφωνία αυτή⁵²⁹. Ελάχιστο περιεχόμενο και επαρκής προϋπόθεση για την ύπαρξη συμφωνίας, όπως την ερμηνεύει η νομολογία, αποτελεί η σύμπτωση της βουλήσεως δύο τουλάχιστον μερών, της οποίας η μορφή εκδήλωσης και ο βαθμός δεσμευτικότητας δεν είναι σημαντικός, εφόσον συνιστά πιστή έκφραση της κοινής αυτής βούλησης⁵³⁰.
363. Η εν λόγω σύμπτωση των βουλήσεων μπορεί να προκύπτει τόσο από τις ρήτρες μιας συμβάσεως, όπως είναι μια σύμβαση διανομής, όσο και από τις αντίστοιχες εκδηλώσεις συμπεριφοράς των οικείων επιχειρήσεων⁵³¹. Συμφωνίες, κατά τις διατάξεις του δικαίου του ανταγωνισμού, είναι κατεξοχήν οι συμβάσεις με την έννοια του αστικού δικαίου, οι οποίες παρέχουν άμεση, έγγραφη ή μη, απόδειξη περί συνάψεως συμφωνίας μεταξύ των συμβαλλομένων μερών.
364. Περαιτέρω η έννοια καλύπτει τις συμφωνίες που συνάπτονται τόσο μεταξύ ανταγωνιστών που δρουν στο ίδιο επίπεδο (οριζόντιες), όσο και μεταξύ επιχειρήσεων που δρουν σε διαφορετικό επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής (κάθετες).
365. Στην υπό κρίση υπόθεση οι συμβάσεις διανομής της GAMBRO με τις ανεξάρτητες επιχειρήσεις/ διανομείς του δικτύου της σε ορισμένες χώρες της ΕΕ,

⁵²⁷ Βλ. ενδεικτικά ΠΕΚ Τ-41/96 *Bayer κατά Επιτροπής*, επικυρωθείσα από ΔΕΚ C-2/01 και C-3/01, ΔΕΚ 107/82 *ΑΕΓ κατά Επιτροπής*, σκέψη 38 και ΠΕΚ Τ-43/92 *Dunlop Slazenger κατά Επιτροπής*, σκέψη 56.

⁵²⁸ Βλ. ΠΕΚ Τ-7/89, *Hercules Chemicals κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. ΙΙ-1711, σκ. 256, ΠΕΚ Τ-41/96 *Bayer κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. ΙΙ-3383, σκ. 67, βλ. επίσης υπό το πνεύμα αυτό, ΔΕΚ C-41/69, *ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1969-1971, σελ. Ι-397, σκ. 112, ΔΕΚ C-209/78 έως 215/78 και 218/78, *van Landewyck κ.λπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1980, σελ. 207, σκ. 86.

⁵²⁹ Βλ. ΠΕΚ Τ-41/96 *Bayer κατά Επιτροπής*, ο.π. σκ. 68, ΔΕΚ C-41/69, *ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 112, ΔΕΚ C-209/78 έως 215/78 και 218/78, *van Landewyck κ.λπ. κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 86

⁵³⁰ Βλ. ενδεικτικά ΔΕφαΘ 559/2010, σκ. 17, ΔΕφαΘ 906/2010, σκ. 7 και ΔΕφαΘ 2891/2009, σκ. 18, ΔΕφαΘ 1682/2009, σκ. 27, ΔΕΕ C-41/69, *Chemiefarma κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 112, ΠΕΚ Τ-41/96 *Bayer κατά Επιτροπής*, ο.π. σκ. 67-69.

⁵³¹ Βλ., υπό το πνεύμα αυτό απόφαση ΔΕΚ C-74/04 P, *Επιτροπή κατά Volkswagen*, Συλλ. 2006, σελ. Ι-6585, σκ. 39 και ΠΕΚ Τ-18/03 *CD-Contact Data κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2009, σελ. 1021, σκ. 48.

συμπεριλαμβανομένης και της καταγγελλόμενης ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αλλά και η άτυπη σύμβαση διανομής (και κατά το σκεπτικό της υπ' αριθ. 2041/2016 απόφασης του Εφετείου) που κατά τα προεκτεθέντα είχε συνάψει η GAMBRO με την καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ για τη διανομή ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής εμπίπτει ευθέως στην έννοια της «συμφωνίας» των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού και συγκεκριμένα στην έννοια της κάθετης συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται σε διαφορετικό επίπεδο στην αλυσίδα διανομής. Επιπλέον οι εν λόγω συμβάσεις παρέχουν άμεση, έγγραφη ή μη κατά περίπτωση, απόδειξη περί συνάψεως συμφωνίας μεταξύ των μερών με συγκεκριμένο περιεχόμενο.

Αντικείμενο ή αποτέλεσμα περιοριστικό του ανταγωνισμού

366. Συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενό τους τον περιορισμό του ανταγωνισμού θεωρούνται εκείνες, οι οποίες είναι από τη φύση τους ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Πρόκειται για περιορισμούς οι οποίοι, ενόψει των στόχων που επιδιώκουν οι εθνικοί και ενωσιακοί κανόνες ανταγωνισμού, είναι τόσο πιθανό να επηρεάσουν δυσμενώς τον ανταγωνισμό, ώστε δεν είναι ανάγκη, στο πλαίσιο της εφαρμογής των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 της ΣΛΕΕ, να αποδειχθούν οι συγκεκριμένες επιπτώσεις τους στην αγορά. Το τεκμήριο αυτό βασίζεται στον σοβαρό χαρακτήρα του περιορισμού, καθώς και στην εμπειρία, από την οποία προκύπτει ως σοβαρό ενδεχόμενο οι συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού να έχουν αρνητικές επιπτώσεις στην αγορά και να θέτουν σε κίνδυνο τους στόχους που επιδιώκουν οι κανόνες ανταγωνισμού⁵³².
367. Δεν υπάρχει εξαντλητικός κατάλογος των κατ' αντικείμενο περιορισμών, αλλά σύμφωνα με τη νομολογία, τέτοιος περιορισμός διαπιστώνεται, όταν στόχος της συμφωνίας, λαμβανομένων υπόψη και των οικονομικών και νομικών συνθηκών της κάθε υπόθεσης, είναι εμφανώς ο περιορισμός του ανταγωνισμού⁵³³. Οι βασικότερες νομολογιακά διαπλασμένες περιπτώσεις τέτοιων περιορισμών που θίγουν τον ανταγωνισμό στον πυρήνα του είναι, από πλευράς καθέτων περιορισμών, ιδίως οι συμφωνίες καθορισμού κατώτατων τιμών⁵³⁴ και αυτές που διασφαλίζουν απόλυτη εδαφική προστασία στον διανομέα, συμπεριλαμβανομένης της απαγόρευσης των παθητικών πωλήσεων⁵³⁵, καθώς και των συμφωνιών που περιορίζουν το παράλληλο εμπόριο⁵³⁶, οι οποίες συσχετίζονται όχι μόνο με τη στεγανοποίηση των αγορών, αλλά και με τη διατήρηση συγκεκριμένου επιπέδου τιμών πώλησης των προϊόντων GAMBRO στην Ελλάδα σε σχέση με τις άλλες χώρες⁵³⁷. Όπως διαπιστώνεται και από την παρατιθέμενη περιπτώσιολογία, οι περιορισμοί που περιλαμβάνονται στη «μαύρη λίστα» στους Κανονισμούς Ομαδικής Απαλλαγής, καθώς και οι χαρακτηριζόμενοι ως

⁵³² Βλ. ενδεικτικά, Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 ΣΛΕΕ, ΕΕ 2004/С 101/08, παρ. 21 και 23.

⁵³³ ΔΕΕ 29/83 και 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1984, σελ. 1679.

⁵³⁴ Βλ. ΔΕΕ 243/83, *SA Binon and Cie κατά SA Agence et Messageriew de la Presse*, Συλλ. 1985, σελ. 2015.

⁵³⁵ Βλ. ΔΕΕ C- 279/87, *Tipp-Ex κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1990, σελ. I-261, και ΓενΔΕΕ T-62/98, *Volkswagen κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. II-2707, σκ. 178.

⁵³⁶ Βλ. ΔΕΕ C- 56, 58/64, *Etablissements Consten SA and Grundig κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1966, I-299, σκ. 342-343, ΠΕΚ T-18/03 *CD-Contact Data κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2009, σελ. 1021, σκ. 54 επ.

⁵³⁷ Ad hoc για το ζήτημα της επίδρασης της απαγόρευσης του παράλληλου εμπορίου στο επίπεδο των τιμών πώλησης ενός προϊόντος, βλ. Ν. Zevgolis & P. Fotis, "Prohibition of parallel Imports as a vertical restraint: Per se approach or a Misunderstanding?" *European Journal of Law and Economics* ISSN 0929-1261 Eur J Law Econ DOI 10.1007/s10657-012-9315-6 (2014) Volume 38: Issue 2, p. 324-325.

«ιδιαιτέρως σοβαροί» στις επιμέρους Κατευθυντήριες Γραμμές συγκαταλέγονται στους εξ αντικειμένου περιορισμούς. Τέτοιου είδους περιορισμοί, όπως προαναφέρθηκε, πολύ δύσκολα θα μπορούν να ικανοποιήσουν τα κριτήρια απαλλαγής κατόπιν ατομικής αξιολόγησης, δυνάμει της παραγράφου 3 των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ που αφορούν στις απαγορευμένες συμπράξεις.

368. Στην περίπτωση που το αντικείμενο της συμφωνίας στοχεύει στον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τα προεκτεθέντα, αυτή εμπίπτει στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ άνευ ετέρου. Κατά πάγια εθνική και ενωσιακή νομολογία, η εκτίμηση των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων μιας συμφωνίας παρέλκει, όταν προκύπτει ότι αυτή έχει ως σκοπό την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού⁵³⁸: «είναι περιττό να εξετάζονται τα συγκεκριμένα αποτελέσματα μιας συμφωνίας ή απόφασης κάποιας ένωσης επιχειρήσεων, εφόσον είναι προφανές ότι αποσκοπεί στον περιορισμό, την παρεμπόδιση ή τη νόθευση του ανταγωνισμού»⁵³⁹. Συναφώς, στην περίπτωση σύμπραξης που συνιστά εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, «παρέλκει ως αλυσιτελής, η περαιτέρω έρευνα και απόδειξη κινδύνου βλάβης των καταναλωτών ή επέλευσης άλλων, συγκεκριμένων αποτελεσμάτων, εν δυνάμει βλαπτικών για τον ανταγωνισμό»⁵⁴⁰. Για την ταυτότητα του λόγου, η διαπίστωση ότι η σύμπραξη έχει αντικείμενο περιοριστικό του ανταγωνισμού δεν μπορεί να ανατραπεί από ενδείξεις ότι δεν είχε κανένα αποτέλεσμα εντός της αγοράς, ή ότι δεν είχε άμεση επίδραση επί των τιμών, ούτε από τη διαπίστωση ότι οι ενδιαφερόμενοι εξασφάλισαν ταυτόχρονα, δια της πρακτικής αυτής, ορισμένα πλεονεκτήματα ως προς τον ανταγωνισμό⁵⁴¹.
369. Κατά τη σχετική αξιολόγηση του αντικειμένου της σύμπραξης, δεν εξετάζεται η υποκειμενική πρόθεση των μερών, αλλά μόνο το περιεχόμενο και ο αντικειμενικός σκοπός της συμφωνίας, υπό το φως των αμοιβαίων οικονομικών σχέσεων εντός των οποίων πρέπει να εφαρμοστεί η σχετική συμφωνία. Με άλλα λόγια, δεν απαιτείται αντι-ανταγωνιστική πρόθεση, αλλά αρκεί το αντικειμενικά ενδεχόμενο αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα. Εφόσον το αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα είναι αντικειμενικά ενδεχόμενο, η σύμπραξη είναι απαγορευμένη, έστω και αν οι συμπράττοντες δεν αποσκοπούν στο αποτέλεσμα αυτό⁵⁴².
370. Εξάλλου, εφόσον μία σύμπραξη με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού εμπίπτει στις απαγορευτικές διατάξεις της παρ. 1 των άρθρων 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ κατά τα προεκτεθέντα, η εν τοις πράγμασι μη εφαρμογή της, εν όλω ή εν μέρει, όπως αντίστοιχα και η μη συμμόρφωση των μερών, εν όλω ή εν μέρει, προς τα συμφωνηθέντα, δεν ασκούν κατά νόμο επιρροή στη διαπίστωση της παράβασης, ούτε και συνιστούν λόγο απαλλαγής⁵⁴³. Επομένως, η επίκληση επιχειρημάτων, όπως η αμελητέα επίπτωση στον ανταγωνισμό, το δυσχερές

⁵³⁸ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2007/2013, σκ. 17, όπου και πάγια σχετική ενωσιακή νομολογία, καθώς και ΔΕφαθ 6394/2014, σκ. 11, ΔΕφαθ 5459/2014, σκ. 13, ΔΕφαθ 3807/2014, σκ. 16, ΔΕφαθ 502/2013, ΔΕφαθ 1001/2006, σκ. 16, καθώς και ΔΕΚ 45/85 *Verband der Sachversicherer κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1987, σελ. 405, σκ. 39, ΔΕΚ C-209/07 *Irish Beef*, Συλλ. 2008, σελ. I-8637, σκ. 16-21, ΠΕΚ T-305/94 έως T-307/94, T-313/94 έως T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94 και T-335/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV κλπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1999 σελ. II-931, σκ. 741, ΠΕΚ T-62/98 *Volkswagen κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. II-2707, σκ. 178 και ΠΕΚ T-49/02, *Brasserie κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2005, σελ. II-3033, σκ. 97, 108 και 178.

⁵³⁹ Βλ. απόφαση ΔΕΚ 45/85 *Verband der Sachversicherer κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1987 405, σκ. 39.

⁵⁴⁰ Βλ. απόφαση ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4, όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία.

⁵⁴¹ Βλ. απόφαση ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4, όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία.

⁵⁴² Βλ. ενδεικτικά ΔΕφαθ 559/2010, σκ. 17, ΔΕφαθ 2891/2009, σκ. 18, και ΔΕφαθ 1682/2009, σκ. 27, όπου και εκτενείς παραπομπές σε σχετική ενωσιακή νομολογία. Βλ. επίσης ΔΕΚ C-29/83 & 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzing GMBH κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1984, σελ. I-1679.

⁵⁴³ Βλ. απόφαση ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4, όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία.

οικονομικό περιβάλλον, η τυχόν απόκλιση από τα συμφωνηθέντα, ή ακόμη και η άγνοια ότι πτυχές της συμφωνίας μπορούσαν να θεωρηθούν παράνομες, δεν απαλλάσσουν τους αυτουργούς της παράβασης από την ευθύνη της διάπραξής της. Ούτε, επίσης, απαλλάσσει από την ευθύνη τις συμβαλλόμενες επιχειρήσεις η τυχόν πεποίθησή τους ότι ενεργούσαν σύμφωνα με το νόμο.

371. Συναφώς, εφόσον διαπιστώνεται το περιοριστικό αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων, δεν είναι απαραίτητο να εξεταστεί το τυχόν επιχειρηματικό συμφέρον των συμβαλλόμενων. Είναι, δηλαδή, αδιάφορο το ζήτημα αν η συμμετοχή κάποιας επιχείρησης στην εν λόγω σύμπραξη, για την οποία υπάρχουν έγγραφες αποδείξεις, υπαγορεύθηκε από συγκεκριμένους εμπορικούς λόγους ή ήταν κατ' εκτίμηση οικονομικά λογική ή πρόσφορη⁵⁴⁴. Περαιτέρω, κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων, απαγορεύεται κάθε συμφωνία (σύμπραξη) που έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, ασχέτως του εάν επιδιώκεται με αυτήν και κάποιος νόμιμος σκοπός. Με άλλα λόγια, μία συμφωνία (σύμπραξη) δύναται να συνιστά εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, ακόμη και στην περίπτωση που εξυπηρετεί και άλλους (θεμιτούς ή/και νόμιμους) σκοπούς⁵⁴⁵.

Η απαγόρευση του παράλληλου εμπορίου (παράλληλων εισαγωγών ή/και εξαγωγών) ως παράβαση στο δίκαιο του ανταγωνισμού

372. Σε επίπεδο εθνικής νομολογίας⁵⁴⁶ και αντίστοιχης θεωρίας⁵⁴⁷, επισημαίνεται ότι η απαγόρευση των παράλληλων εισαγωγών έχει ενταχθεί στην τυπολογία των

⁵⁴⁴ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-403/04P και C-405/04P *Sumitomo Metal Industries Ltd και Nippon Steel Corp. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2007, σελ. I-729, σκ. 46, ΔΕΚ C-204/00 P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P and C-219/00P *Aalborg κ.αλ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2004, σελ. I- 123, σκ. 335. Βλ. επίσης απόφαση ΔΕΚ C-195/99 P, *Krupp Hoesch κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. I- 10937, σκ. 85, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 101 ΣΛΕΕ δεν στηρίζεται στην έννοια του πλουτισμού, αλλά στην έννοια της διακινδύνευσης του ανταγωνισμού. Βλ. επίσης ενδεικτικά ΔΕφαθ 1001/2006, σκ. 20.

⁵⁴⁵ Βλ. ΣτΕ 2007/2013, σκ. 17, καθώς και ενδεικτικά ΔΕφαθ 3529/2013, σκ. 5, ΔΕφαθ 1001/2006, σκ. 16, ΔΕφαθ 1617/2009, σκ. 6 & 17. Βλ. επίσης ΔΕΚ 96/82 επ. *NV IAZ International Belgium κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1983, σελ. I- 3369, σκ. 25, ΔΕΚ C-45/85 *Verband κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1987, σελ. I- 405, σκ. 35-42, ΔΕΕ C-551/03 P, *General Motors κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2006, σελ. I-3173, σκ. 64, και ΔΕΚ C-246/86 *Belasco κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1989, σελ. I-2117, σκ. 40-42, καθώς και COMP/34579- *Mastercard*, ΕΕ 2009, C 264, σελ.12, σκ. 401.

⁵⁴⁶ Α) ΕΑ 441/V/2009 (Ενότητα VII.3.Η απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών per se παράβαση στο δίκαιο του ανταγωνισμού). Σημειώνεται ότι η υπ' αριθ. 3807/2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών που εκδόθηκε με αφορμή την ΕΑ 441/V/2009, επιβεβαίωσε την ορθότητα του σκεπτικού της εν λόγω απόφασης της ΕΑ, αξιολογώντας την επιβολή ρήτρας απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών σε αλυσίδες σούπερ μάρκετ από την πολυεθνική «ΕΛΑΙΣ UNILEVER HELLAS ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΑΠΟΡΡΥΠΑΝΤΙΚΩΝ, ΚΑΛΛΥΝΤΙΚΩΝ, ΤΡΟΦΙΜΩΝ» ως εξ αντικειμένου παράβαση, η οποία παραβιάζει την ορθή λειτουργία του ανταγωνισμού τόσο σε εθνικό, όσο και σε ευρωπαϊκό επίπεδο, καθώς έχει αποτέλεσμα τη στεγανοποίηση της εθνικής αγοράς και τη συνεπεία αυτής παρακώλυση της οικονομικής αλληλοδιεισόδσεως που επιδιώκεται με τη ΣΛΕΕ (βλ. ιδίως παρ. 15 της προαναφερόμενης απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών). Σημειώνεται ωστόσο, αναφορικά με την υπ' αριθ. 3807/2014 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ότι ακυρώθηκε, το πρόστιμο των 6.946.588,15 ευρώ που είχε επιβληθεί από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σε βάρος της εταιρίας «ΕΛΑΙΣ UNILEVER HELLAS ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΑΠΟΡΡΥΠΑΝΤΙΚΩΝ, ΚΑΛΛΥΝΤΙΚΩΝ, ΤΡΟΦΙΜΩΝ», η ΕΑ άσκησε αίτηση αναίρεσεως, εντός της προβλεπόμενης από το νόμο προθεσμίας, κατά της εν λόγω απόφασης στο ΣτΕ για νομική πλημμέλεια της προσβαλλόμενης και η υπόθεση, ως προς αυτό το σκέλος της, εκκρεμεί πλέον ενώπιον του ανωτάτου διοικητικού δικαστηρίου (βλ. σχετικά http://www.epant.gr/news_details.php?Lang=gr&id=19&nid=692).

Β) ΕΑ 610/2015, η οποία αφορά επίσης το ζήτημα της απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, όπου εμπλεκόμενη ήταν αυτή τη φορά η πολυεθνική εταιρία COLGATE και ορισμένες επιχειρήσεις λιανικής και χονδρικής πώλησης ειδών σούπερ μάρκετ, και η οποία έκρινε ότι η συμπεριφορά της προαναφερόμενης εταιρίας αποτελούσε εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού. Σημειώνεται,

απαγορευμένων συμπράξεων κατ' αντικείμενο (per se). Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι ο περιορισμός των παράλληλων εισαγωγών σε μια εθνική αγορά έχει θεωρηθεί ότι αποσκοπεί στη στεγανοποίηση της εθνικής αγοράς και στον περιορισμό, κατά συνέπεια, του ανταγωνισμού στην ενιαία αγορά⁵⁴⁸. Και τούτο, διότι η παράβαση του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ δεν εξαρτάται από της επιτυχία της απόπειρας στεγανοποίησης των εθνικών αγορών.

373. Στα μέσα περίπου του 2014⁵⁴⁹ η Ε.Επ. σε έγγραφο παροχής οδηγιών σχετικά με την εφαρμογή του κανόνα του De Minimis σε εξ αντικείμενου περιορισμούς του ανταγωνισμού, διευκρίνισε ρητά ότι, ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου συνιστά εξ αντικείμενου (by object) περιορισμό του ανταγωνισμού και κατά συνέπεια δεν δύναται να απολαύσει το ευεργέτημα του κανόνα de minimis⁵⁵⁰. Πλέον, με βάση την παραπάνω προσέγγιση της Ε.Επ. καθίσταται σαφές ότι ακόμη και μία μικρή σε μέγεθος επιχείρηση από πλευράς ελεύθερου ανταγωνισμού δεν δύναται να προβαίνει σε απαγόρευση παράλληλου εμπορίου, καθώς ρητά ορίζεται ότι η απαγόρευση παράλληλου εμπορίου συνιστά παράβαση εξ αντικείμενου, ήτοι ιδιαίτερα επαχθή περιορισμό του ανταγωνισμού (*hardcore restriction*) και ως εκ τούτου δεν μπορεί να απολαύσει του ευεργετήματος *de minimis*.

Παράλληλες εισαγωγές και Αποκλειστική και Επιλεκτική Διανομή

374. Ιδίως από πλευράς ελεύθερου ανταγωνισμού, ήδη πριν τη θέση σε ισχύ του Κανονισμού 330/2010, ορθώς είχε διατυπωθεί η άποψη στη θεωρία⁵⁵¹, σύμφωνα με την οποία:

«Η προστασία της ακεραιότητας του δικτύου διανομής προϋποθέτει σύννομη λειτουργία του κατά το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού. Αυτό σημαίνει ειδικότερα για τα δίκτυα αποκλειστικής διανομής ότι θα πρέπει απαραίτητως να υπάρχουν εναλλακτικές πηγές προμήθειας για τους ενδιαφερόμενους, οι οποίες εξασφαλίζονται με τη δυνατότητα παράκαμψης του δικτύου του προμηθευτή, δηλ. με τη δυνατότητα παράλληλων πωλήσεων και ειδικότερα παράλληλων εισαγωγών. Στα δίκτυα αποκλειστικής διανομής οι παράλληλες πωλήσεις εξασφαλίζονται με τη διάταξη του άρθρου 4 του Κανονισμού 2790/99 που απαγορεύει την επιβολή γεωγραφικών και πελατειακών περιορισμών στον αγοραστή. Η απαγόρευση αυτή που αναφέρεται στη συμβατική διαμόρφωση του δικτύου συμπληρώνεται από τις διατάξεις των άρθρων

ότι στην εν λόγω εταιρία επιβλήθηκαν πρόστιμα συνολικού ύψους 10 εκ. ευρώ περίπου, ενώ, κατόπιν προσφυγής των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, η εν λόγω απόφαση εκκρεμεί πλέον στο Διοικητικό Εφετείο.

⁵⁴⁷ Μικρουλέα Α. σε Τζουγανάτο Δ., *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Νομ.Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 254, Zevgolis N. & Fotis P., *Prohibition of Parallel Imports as a Hard Core Restriction of Article 4 of Block Exemption Regulation for Vertical Agreements*, European Law and Economics, MPRA (Munich Personal RePEc Archive), 26.11.2011, on line at <http://mpa.ub.uni-muenchen.de.38160/>, Paper N. 38160, posted 18.04.2012, όπου αναπτύσσεται αναλυτική επιχειρηματολογία για το χαρακτηρισμό της παράβασης των παράλληλων εισαγωγών ως per se παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού.

⁵⁴⁸ ΕΑ 517/VI/2011, σκ.144, με παραπομπή σε σχετική νομολογία (βλ. ενδεικτικά: T-217 & 245/03, *Federation nationale de la cooperation betail et viande*, κλπ κατά Επιτροπής, Συλλ. 2006, σ.ΙΙ-4987, σκ.80 επ.).

⁵⁴⁹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), 25.06.2014, C(2014) 4136 final [SWD(2014) 198 final].

⁵⁵⁰ Βλ. κυρίως σελ. 13.

⁵⁵¹ Βλ.Δ. Τζουγανάτος, *Οι συμφωνίες αποκλειστικής και επιλεκτικής διανομής στο δίκαιο του ανταγωνισμού (ελεύθερου και αθέμιτου)*, Νομική Βιβλιοθήκη 2001, σελ. 196-197, με πολύ αναλυτικές παραπομπές σε σχετική βιβλιογραφία.

28επ. ΕΚ που προστατεύουν τις παράλληλες εισαγωγές από περιορισμούς που προκαλούνται από μέτρα κρατικής προέλευσης. Υπ' αυτή την έννοια η «διατάραξη» των συστημάτων αποκλειστικής διανομής από τις παράλληλες εισαγωγές μπορεί να αποτελεί παράβαση των συμβατικών υποχρεώσεων του μέλους του δικτύου που εφοδιάζει τρίτους εμπόρους (και μόνο στο μέτρο που πρόκειται περί «ενεργητικών» πωλήσεων, αφού οι «παθητικές» πωλήσεις δεν επιδέχονται περιορισμό κατά το άρθρο 4 περ. β' του Κανονισμού 2790/99) αλλά να συνιστά ενδεχομένως και αθέμιτο ανταγωνισμό. Όμως η απόκτηση των προϊόντων που διατίθενται από δίκτυο αποκλειστικής διανομής δεν συνιστά αθέμιτο ανταγωνισμό για τους εκτός δικτύου εμπόρους χωρίς τη συνδρομή ειδικών προϋποθέσεων. Πράγματι θα ήταν παράδοξο να αντιμετωπίζεται ως αθέμιτος ανταγωνισμός η παράκαμψη του δικτύου διανομής του προμηθευτή, όταν η δυνατότητα παράκαμψης αποτελεί προϋπόθεση νομιμότητας του δικτύου από την άποψη του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού⁵⁵²».

375. Επίσης, σε ό,τι αφορά όχι μόνο την αποκλειστική διανομή, αλλά και την επιλεκτική διανομή, με βάση πάγια ενωσιακή νομολογία⁵⁵³, γίνεται δεκτό ότι «το άρθρο [101 παρ. 1 ΣΛΕΕ] δεν μπορεί, σε καμία περίπτωση να κριθεί ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής, εφόσον οι συμβαλλόμενοι σε μία σύμβαση επιλεκτικής διανομής συμπεριφέρονται κατά τρόπο αποβλέποντα στον περιορισμό των παράλληλων εισαγωγών (απόφαση του Δικαστηρίου της 21ης Φεβρουαρίου 1984, 86/82, Hasselblad κατά Επιτροπής, Συλλογή 1984, σ. 883, σκέψη 35· απόφαση του Πρωτοδικείου T-43/92, Dunlop Slazenger κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. II-441, σκέψη 88· απόφαση του Πρωτοδικείου της 11ης Δεκεμβρίου 1996, T-49/95, Van Meegen Sports κατά Επιτροπής, Συλλογή 1996, σ. II-1799, σκέψη 35). Πράγματι, το πνεύμα ενός κανονισμού απαλλαγής κατηγοριών συμφωνιών διανομής είναι ότι εξαρτά την απαλλαγή που προβλέπει από τον όρο ότι διασφαλίζεται, με τη δυνατότητα παράλληλων εισαγωγών, ότι δίκαιο τμήμα από το όφελος που προκύπτει από την αποκλειστική διανομή επιφυλάσσεται στους καταναλωτές (απόφαση του Πρωτοδικείου, της 6ης Απριλίου 1995, T-141/89, Tréfileurope κατά Επιτροπής, Συλλογή 1995, σ. II-791, σκέψη 119)»⁵⁵⁴.

376. Στην εξεταζόμενη περίπτωση καταναλωτές θεωρούνται ιδίως τα δημόσια νοσοκομεία, τα οποία προμηθεύονται μηχανήματα τεχνητού νεφρού, ανταλλακτικά, καθώς και υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης αυτών, μέσω δημόσιων μειοδοτικών διαγωνισμών. Σημειώνεται δε ότι μετά τη λήξη της εγγύησης των μηχανημάτων τα δημόσια νοσοκομεία προβαίνουν σε διαγωνισμούς για την προμήθεια υπηρεσιών επισκευής, μέσω των απαραίτητων – εννοείται- ανταλλακτικών, και συντήρησης των εν λόγω μηχανημάτων.

Παράλληλες εισαγωγές και Αθέμιτος Ανταγωνισμός

377. Περαιτέρω, το θέμα της απαγόρευσης του παράλληλου εμπορίου συχνά συνέχεται και με θέματα αθέμιτου ανταγωνισμού. Αυτό εντοπίστηκε και στην εξεταζόμενη περίπτωση κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, ενώ εντοπίζεται να συμβαίνει συχνά και σε υποθέσεις που έχουν απασχολήσει τα πολιτικά δικαστήρια⁵⁵⁵. Ενδεικτικά, στην υπ' αριθ. 991/2014 απόφαση το Α1' Πολιτικό Τμήμα

⁵⁵² Έμφαση δίδεται από την ΕΑ.

⁵⁵³ Βλ. ΠΕΚ T-62/98, Volkswagen κατά Επιτροπής, Συλλ. 2000, σελ. II-2707, παρ. 241.

⁵⁵⁴ Βλ. σχετικά Α. Κοτσίρη, Σύστημα επιλεκτικής διανομής και παράλληλες εισαγωγές κατά το κοινοτικό δίκαιο, ΕΕμπΔ 4/2011, σελ. 985-986.

⁵⁵⁵ Βλ. ενδεικτικά ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 10 («Α. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: ...αλλά θα το προσκομίσουμε. Νομίζω, είμαι σχεδόν απολύτως βέβαιος, σχεδόν απολύτως βέβαιος, αλλά ο συνάδελφος που είναι ο συντάκτης του δικογράφου είναι ότι ήταν αποκλειστικά στις διατάξεις του αθέμιτου ανταγωνισμού.»), επίσης ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 42 («Κ. ΚΛΕΙΣΟΥΡΑΣ: Ένας πρώην εξουσιοδοτημένος, που στη συνέχεια έγινε πειρατής. Τι είναι η ΣΕΡΚΟ; Ο

του ΑΠ εξέτασε και δίκασε την επίδικη διαφορά υπό το πρίσμα των κανόνων περί αθέμιτου ανταγωνισμού, δηλαδή με βάση τις διατάξεις του ν. 146/1914, απορρίπτοντας τη σχετική αίτηση της αναιρεσείουσας, κατόπιν διεξοδικής ανάλυσης, ενώ ταυτόχρονα προέβη ακροθιγώς και σε ανάλυση των κανόνων (εθνικών και ενωσιακών) περί ελεύθερου ανταγωνισμού αναφέροντας χαρακτηριστικά τα εξής:

«[...] δεν συνιστά αφ' εαυτής αθέμιτη ενέργεια η διατάραξη συμβάσεων αποκλειστικής ή και επιλεκτικής διανομής με οργάνωση δικτύου, δηλαδή συμβάσεων μεταξύ επιχειρήσεων που αναπτύσσουν δραστηριότητα σε διαφορετικό η κάθε μια επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής (κάθετες συμφωνίες ή συμπράξεις), εισάγοντας ποικίλους περιορισμούς (τιμολογιακούς, γεωγραφικούς, πελατειακούς κλπ) στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, που είναι ανεκτοί, εφόσον είναι συμβατοί με τις διατάξεις των άρθρ. 101 και 102 της ΣΛΕΕ (πρώην άρθρ. 81 και 82 της ΣΕΚ), 1 και 2 του ν. 3959/2011 (πρώην άρθρ. 1 και 2 του ν. 703/1977) και του Ευρωπαϊκού Κανονισμού 330/2010/ΕΕ, που αντικατέστησε από 1.6.2010 τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 2790/1999/ΕΚ, ρυθμίζοντας, όπως και αυτός, κατά κατηγορίες συγγενών συμφωνιών (en bloc) την απαλλαγή τους από τις δεσμεύσεις της παρ. 1 του άρθρ. 101 της ΣΛΕΕ⁵⁵⁶. Έτσι η ύπαρξη σύμβασης αποκλειστικής διανομής και μεν δημιουργεί ενοχικής φύσης δέσμευση για τα μέρη, την οποία υποχρεούνται να σέβονται και μάλιστα αν η σύμβαση είναι μέρος δικτύου επιλεκτικής διανομής υποχρεούνται οι περισσότεροι διανομείς να μην συναλλάσσονται με διανομείς εκτός δικτύου⁵⁵⁷, αφού τότε το όλο σύστημα θα καθίστατο *de facto* μη επιλεκτικό, όμως τρίτοι, που δεν καλύπτονται από τον ενοχικό δεσμό της σύμβασης αποκλειστικής ή και επιλεκτικής διανομής, δεν εμποδίζονται από τις αντίστοιχες ρήτρες αποκλειστικότητας των συμβάσεων αυτών να προβούν σε διακίνηση γνήσιων προϊόντων του δικτύου επιλεκτικής διανομής μεταξύ των περισσότερων αγορών του δικτύου, δηλαδή σε εισαγωγές ή εξαγωγές παράλληλες με αυτές των αποκλειστικών διανομέων του δικτύου με σκοπό τη διάθεση των προϊόντων στην αντίστοιχη αγορά⁵⁵⁸, αφού ο φορέας του σχετικού δικαιώματος βιομηχανικής ιδιοκτησίας με ισχύ σε συγκεκριμένη εθνική ή και υπερεθνική περιοχή, όπως αυτή της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ανάλωσε το δικαίωμά του με τη θέση ήδη του προϊόντος σε κυκλοφορία στην περιοχή ισχύος του δικαιώματός του, με συνέπεια να μην μπορεί έκτοτε να ελέγξει την κυκλοφορία του στην ίδια περιοχή. Η αρχή αυτή της ανάλωσης του δικαιώματος προκειμένου για σηματοδοτημένα προϊόντα που κυκλοφορούν στον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο αποτελεί ευθεία ρύθμιση που περιέχεται στο άρθρ. 7 της Οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1988 και αντίστοιχα στο άρθρ. 128 του ν. 4072/2012 για τα σήματα (πρώην άρθρ. 20§3 του ν. 2239/1994), γίνεται όμως η επιφύλαξη ότι ανάλωση δεν επέρχεται, αν ο σηματούχος έχει εύλογη αιτία να αντιταχθεί στην μεταγενέστερη εμπορική εκμετάλλευση των προϊόντων^{559, 560}.

378. Σε ό,τι αφορά ειδικά την εξεταζόμενη περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ανάλωση επέρχεται καθόσον οι σηματούχοι, ήτοι η GAMBRO και η BAXTER δεν έχουν εύλογη αιτία να αντιταχθούν στην μεταγενέστερη εμπορική εκμετάλλευση των

ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ τι είναι; Το ίδιο πράγμα είναι. Είπαμε MEDI-VALPAN, είπαμε άλλες εταιρίες, αυτά που λένε στο υπόμνημά τους και αποκρύπτουν το γνωστό σε αυτούς, ότι είναι οι εταιρίες που ανήκουν στους ιδιοκτήτες των ιδιωτικών κλινικών. Αντί να 'χουνε το service μέσα στην ίδια εταιρία...»), .

⁵⁵⁶ Βλ. και ΔΕΚ της 25.10.1977, *METRO I*, 26/1976, Συλλ. 1977 σελ. 567, σκέψεις 20 και 21, ΑΠ 1063/2011.

⁵⁵⁷ ΔΕΚ 25.10.1977, *METRO I*, 26/1976, ο.π., σκέψη 27.

⁵⁵⁸ ΔΕΚ 25.10.1983, *AEG*, 107/1982, Συλλ. 1983, σελ. 3151, σκέψη 96,.

⁵⁵⁹ ΔΕΚ 1.7.1999, *Sebago*, C-173/98, Συλλ. 1999, σελ. I-4103, ΔΕΚ της 23.4.2002, *Boehringer Ingelheim*, C-143/00, σκέψεις 18 και 31, Συλλ. 2000 σελ. I-3759.

⁵⁶⁰ Στην ελληνική θεωρία, ειδικά το ζήτημα της ανάλωσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και των παράλληλων εισαγωγών εύστοχα χαρακτηρίζεται «επισημονικά συναρπαστικό». Βλ. Χρ. Χρυσάνθη, *Ανάλωση Δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας και Παράλληλες Εισαγωγές*, ό.π., στην πρώτη σειρά του Προλόγου.

προϊόντων που παράγουν, αφού προφανώς η γεωγραφική κατανομή αγορών, στην οποία αποσκοπούν, και η οποία, εφαρμοζόμενη, είναι σαφές ότι οδηγεί σε στεγανοποίηση της αγοράς, δεν μπορεί να θεωρηθεί εύλογη αιτία υπό όρους δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού, για λόγους που θα αναλυθούν στη συνέχεια. Βεβαίως, υπό το πρίσμα του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, εντοπίζεται συμφωνία της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ που συμπεριλαμβάνει και όρο περί απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, ενώ οποιαδήποτε αντίστοιχη συμφωνία της BAXTER δεν εντοπίζεται.

Ανεύρεση εναλλακτικών πηγών προμήθειας μέσω παράλληλων εισαγωγών

379. Σημειώνεται καταρχήν, ότι το εφαρμοστέο ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στους προμηθευτές (κατασκευαστές / εισαγωγείς) οποιουδήποτε προϊόντος ή υπηρεσίας, να εφαρμόζουν διαφορετική τιμολογιακή πολιτική στις επιμέρους γεωγραφικές αγορές των κρατών-μελών της ΕΕ.
380. Εντούτοις, η ενίσχυση μίας ενιαίας εσωτερικής αγοράς προκειμένου οι καταναλωτές της ΕΕ να επωφεληθούν της σταδιακής μείωσης των τιμών των συγκεκριμένων διαρκών καταναλωτικών αγαθών, εξυπηρετείται όχι από την απαγόρευση της εφαρμογής διαφορετικών τελικών τιμών στα διάφορα κράτη – μέλη από τους προμηθευτές, αλλά από τη θέσπιση διατάξεων, οι οποίες αποσκοπούν ακριβώς στη διασφάλιση της δυνατότητας των καταναλωτών να επωφελούνται αυτών των διαφορετικών τιμών, κυρίως μέσω της προστασίας και ενίσχυσης των διασυνοριακών πωλήσεων και του παράλληλου εμπορίου (π.χ. απαγόρευση «μαύρης ρήτρας» περιορισμού αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ μελών επιλεκτικής διανομής, κ.λπ.).
381. Σε συνάρτηση με τα ανωτέρω, καθώς και όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω, εκτιμάται βάσιμα ότι η στρατηγική της απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών μειώνει τις πηγές διάθεσης των προϊόντων (των ανταλλακτικών του σήματος GAMBRO στην προκειμένη περίπτωση) και κατά συνέπεια δυνητικά αυξάνει τα επίπεδα των τιμών των προϊόντων με αποτέλεσμα οι ήδη υπάρχουσες – δραστηριοποιούμενες επιχειρήσεις που επιβάλουν (συνάπτοντας αυτήν με αποκλειστικούς και μη διανομείς ανά Κράτος Μέλος/ οι συμβληθείσες GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην προκειμένη περίπτωση) την ως άνω στρατηγική σε μία αγορά να αυξάνουν το περιθώριο κέρδους τους σε επίπεδα υψηλότερα απ' ότι στην περίπτωση εκείνη κατά την οποία στη σχετική αγορά θα δραστηριοποιείτο μεγαλύτερος αριθμός επιχειρήσεων-προμηθευτών⁵⁶¹.
382. Έτσι, η απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών, λειτουργώντας ως γεωγραφικός περιορισμός, παρέχει τη δυνατότητα ουσιαστικά για μια «διακριτική τιμολόγηση» από την πλευρά της παραγωγού επιχείρησης, η οποία επιτυγχάνεται με την απαγόρευση στους αντισυμβαλλόμενους της να προμηθεύονται προϊόντα της από φθηνότερες πηγές προμήθειας, η οποία έχει ως συνέπεια να παρέχεται η δυνατότητα στην ίδια την παραγωγή να διατηρεί διαφορετικό επίπεδο τιμών των ίδιων προϊόντων

⁵⁶¹ Ειδικότερα για το ζήτημα της απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, πρβλ. Ν. Ζευγώλη και Π. Φώτη, Η απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών και η εφαρμογή του Κανονισμού για τις κάθετες συμφωνίες στο κλάδο των απορρυπαντικών οικιακής χρήσης, ΔΕΕ 11/2009, σελ. 1184επ. Βλ. επίσης Ν. Zevgolīs & P. Fotis, "Prohibition of parallel Imports as a hard core Restriction of Article 4 of Block Exemption Regulation for vertical Agreements: European Law and Economics", Journal of Advanced Research in Law and Economics, Volume II, Issue 2(4), Winter 2011, p. 163, καθώς και Ν. Zevgolīs & P. Fotis, Prohibition of parallel Imports as a vertical restraint: Per se approach or a Misunderstanding? European Journal of Law and Economics ISSN 0929-1261 Eur J Law Econ DOI 10.1007/s10657-012-9315-6 (2014) Volume 38: Issue 2, σελ. 317.

ανά γεωγραφική περιοχή. Αν δε η υπό εξέταση επιχείρηση διαπιστώνεται ότι κατέχει τέτοια θέση στην αγορά⁵⁶², υπό την έννοια ότι οι περισσότεροι αν όχι όλοι – οι διανομείς συστημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO είναι υποχρεωμένοι να συναλλάσσονται μαζί της με τον τρόπο που αυτή θα τους επιβάλει συμβατικά, για το σύνολο των αναγκών τους (σε μηχανήματα, ανταλλακτικά και εκπαίδευση/διαπίστευση, σε υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης), τότε η συγκεκριμένη επιχείρηση έχει αποκτήσει ένα πέραν πάσης αμφιβολίας ανταγωνιστικό προβάδισμα⁵⁶³ κι ως εκ τούτου η δυνατότητα διατήρησης διαφορετικών επίπεδων τιμών των ίδιων προϊόντων ανά γεωγραφική περιοχή από μία τέτοια επιχείρηση, έχει αναπόφευκτα σοβαρές αντι-ανταγωνιστικές συνέπειες. Σημειώνεται δε ότι η επιχείρηση που διαθέτει όλα τα ανωτέρω δεν αποκλείεται να διαθέτει όχι απλώς σημαντικό βαθμό ισχύος, επειδή εν τοις πράγμασι ο διανομέας / επισκευαστής είναι υποχρεωμένος να απευθυνθεί στη μοναδική πηγή προμήθειας, ήτοι στον αποκλειστικό διανομέα, οπότε σε μία τέτοια περίπτωση τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα επιτείνονται.

383. Στη διεθνή βιβλιογραφία⁵⁶⁴ η συγκεκριμένη επιχειρηματική στρατηγική ονομάζεται και στρατηγική απαγόρευσης του αρμπιτράζ, η οποία όταν εφαρμόζεται μεταξύ κρατών μελών, η έννοια της συμπίπτει με αυτή της απαγόρευσης του παράλληλου εμπορίου. Το τελευταίο συμπέρασμα θεωρούμενο και υπό το πρίσμα της ενιαίας ευρωπαϊκής αγοράς έχει βαρύνουσα σημασία. Λόγου χάριν, η δυνατότητα στεγανοποίησης των αγορών από την πλευρά μιας εταιρίας του μεγέθους της GAMBRO (ή/και της BAXTER) θα εκμηδένιζε την όποια πιθανότητα υπήρχε να εισαχθεί και να πωληθεί προϊόν αυτής, στην προκειμένη περίπτωση μηχανήματα τεχνητού νεφρού, ανταλλακτικά και εκπαίδευση/διαπίστευση σε επισκευή και συντήρηση, σε φθηνότερη τιμή από άλλες ευρωπαϊκές χώρες στην εθνική επικράτεια⁵⁶⁵. Με αυτό τον τρόπο θα 'εξαφανιζόταν' το εν λόγω φθηνότερο προϊόν από την ευρύτερη ελληνική αγορά προϊόντων GAMBRO, μειώνοντας έτσι την ποικιλία τιμών για τα ίδια προϊόντα (ήτοι τον λεγόμενο ενδοσηματικό ανταγωνισμό), από τα οποία θα είχαν να επιλέξουν οι καταναλωτές/δημόσια νοσοκομεία (όπως επίσης και τα ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές) και κατ' επέκταση την ένταση του ανταγωνισμού, ενώ είναι πολύ πιθανό ότι ένα φθηνότερο αγορασμένο προϊόν (καινούργιο γνήσιο ανταλλακτικό για μηχανήματα του σήματος GAMBRO στην προκειμένη περίπτωση), λόγω παράλληλης εισαγωγής από έναν ανεξάρτητο διανομέα, λόγου χάριν, θα πωλείτο σε φθηνότερα επίπεδα τιμών επ' ωφελεία κατά πάσα πιθανότητα και του καταναλωτή/δημόσιου νοσοκομείου (καταναλωτές εν προκειμένω είναι και τα ιδιωτικά νοσοκομεία, τα οποία όμως δεν προβαίνουν σε δημόσιους μειοδοτικούς διαγωνισμούς, αλλά αποκτούν μηχανήματα τεχνητού νεφρού, ανταλλακτικά και εκπαίδευση/διαπίστευση σε επισκευή και συντήρηση συνήθως μέσω συμβάσεων χρησιδανείου).

Η φυσιογνωμία του υπό εξέταση δικτύου διανομής προϊόντων GAMBRO

384. Όπως προαναφέρθηκε, εξεταστές ως προς την συμβατότητά τους προς τα άρθρα 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ είναι οι κάθετες συμφωνίες μεταξύ

⁵⁶² Πρβλ. και Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, παρ. 132 επ.

⁵⁶³ Πρβλ. την υπ' αριθμ. 520/VI/2011 απόφαση της ΕΑ (Tasty), παρ. 152, 155-156, 201, 208, 213, 246, 254, 284, 316, 319, 324, της οποίας το σκεπτικό επιβεβαιώθηκε και από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθμ. 869/2013.

⁵⁶⁴ Βλ. μεταξύ άλλων M. Motta (2004), 'Competition Policy Theory and Practice', Κεφ. 7, σελ. 495, J. Tirole (1998), 'The Theory of Industrial Organization', The MIT Press, σελ. 134-135, καθώς και N. Zevgolli & P. Fotis, *Prohibition of parallel Imports as a vertical restraint: Per se approach or a Misunderstanding?* European Journal of Law and Economics ISSN 0929-1261 Eur J Law Econ DOI 10.1007/s10657-012-9315-6, (2014) Volume 38: Issue 2, p. 317.

⁵⁶⁵ Πρβλ. N. Ζευγώλη και Π. Φώτη, ό.π., σελ. 1187επ.

ανεξάρτητων επιχειρήσεων, καθώς οι σχετικές διατάξεις δεν αφορούν σε μονομερείς, κατ' ουσία, ενέργειες που πηγάζουν στην πραγματικότητα από μία, ενιαία οικονομική μονάδα, ακόμη κι αν αυτή δραστηριοποιείται εμπορικά μέσω περισσότερων επιχειρηματικών οντοτήτων (εταιριών ανηκουσών στον ίδιο όμιλο, γνησίων αντιπροσώπων), οι οποίες όμως δεν διαθέτουν μεταξύ τους αυτονομία δράσης ως προς τη συμπεριφορά τους στην αγορά.

385. Συνεπώς, θα πρέπει προκαταρκτικώς να επισημανθεί ότι δεν εξετάζονται, υπό το πρίσμα των ανωτέρω άρθρων, οι σχετικές με τη διανομή των προϊόντων συνεννοήσεις της καταγγελλόμενης, GAMBRO, με θυγατρικές ή «αδελφές» προς αυτήν επιχειρήσεις του ιδίου ομίλου ή/και γνησίους αντιπροσώπους της, σε μεγαλύτερες κατά κύριο λόγο χώρες της Ένωσης, όπου η εταιρία οργάνωνε το δίκτυο διανομής της μέσω επιχειρηματικών φορέων αυτής της φυσιογνωμίας⁵⁶⁶. Τέτοιες συνεννοήσεις, ως μονομερείς ενέργειες, θα μπορούσαν να αποτελούν αντικείμενο εξέτασης υπό το πρίσμα των άρθρων 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ περί κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης, εφόσον πληρούνταν οι προβλεπόμενες στις διατάξεις αυτές προϋποθέσεις, ιδίως της κατοχής μίας τέτοιας θέσης στην αγορά αναφοράς από μέρους έκαστης εκ των καταγγελλομένων .
386. Αντίθετα, υπό το πρίσμα των ανωτέρω άρθρων, εξετάζονται η φυσιογνωμία και οι επίσημες συμφωνίες διανομής στο πλαίσιο του δικτύου της GAMBRO σε ορισμένες, κυρίως μικρότερες χώρες - μέλη της Ένωσης, όπου η διανομή των επίμαχων προϊόντων- ήτοι της ενιαίας δέσμης μηχανημάτων HD, ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης αυτών - είχε ανατεθεί από την καταγγελλόμενη σε ανεξάρτητες προς την ίδια, εξουσιοδοτημένες προς τούτο επιχειρήσεις και συγκεκριμένα σε Ελλάδα, Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία, Μάλτα, Ρουμανία, Τσεχία, Ουγγαρία, Σλοβακία. Οι εν λόγω συμφωνίες περιλαμβάνονται σε έγγραφες και διαθέσιμες κατά την έρευνα συμβάσεις, οι οποίες είχαν συναφθεί και ισχύουν κατά το επίμαχο διάστημα ή/και εξακολούθησαν να ισχύουν, μεταξύ της GAMBRO και των επίσημων διανομέων της σε κάθε μία από τις χώρες αυτές.
387. Όπως προέκυψε από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου, αλλά και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας και, ιδίως, από τους επιμέρους όρους των υπό εξέταση συμβάσεων, η διανομή των προϊόντων της καταγγελλόμενης GAMBRO στις προαναφερόμενες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν φέρει παντού ενιαία φυσιογνωμία, παρουσιάζει ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά, αλλά και ουσιώδεις διαφοροποιήσεις⁵⁶⁷.
388. Κατά πρώτο λόγο, ως προς τις σημαντικές παρατηρούμενες διαφορές, επισημαίνεται ότι οι συμβάσεις διανομής που αφορούν σε ορισμένες από τις χώρες αυτές - και συγκεκριμένα στην Ελλάδα (τουλάχιστον από το 2003), Ιρλανδία (τουλάχιστον από το 2010), Βουλγαρία (τουλάχιστον από το 2012), Κροατία (από το 2013, έτος εισόδου της χώρας στην Ευρωπαϊκή Ένωση) και Σλοβακία (τουλάχιστον

⁵⁶⁶ Βλ. ανωτέρω παρ. 19.

⁵⁶⁷ Βλ. και ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 98 («Κ. ΚΛΕΙΣΟΥΡΑΣ: Προσπαθώντας να εκφράσω το ερώτημα της [...], όπως διευκρινίστηκε και συμπληρώθηκε από την κα Δρίτσα, με ευρύτερα λόγια, προσπαθώντας να ρωτήσω τη μεγάλη εικόνα, παρατηρείται πουθενά, είτε στο τεχνητό νεφρό της GAMBRO, είτε στο τεχνητό νεφρό άλλου οίκου, στην Ευρώπη ή κάπου αλλού στον κόσμο, σε αυτά τα προϊόντα ή σε άλλα επεμβατικά κρίσιμα για τη ζωή ιατροτεχνολογικά προϊόντα, παρατηρείται πουθενά το φαινόμενο του διασυννοριακού εμπορίου της δέσμης, των εξαγωγικών πωλήσεων όλου αυτού του συνόλου υλικών, δικαιωμάτων, software, πνευματική ιδιοκτησία, πατέντες, και υπηρεσιών; Παρατηρείται πουθενά στον κόσμο ένας από την έδρα του σε ένα κράτος να διαθέτει αυτό το σύνολο, να το εξάγει αλλού;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε, εξ όσων γνωρίζω δεν πρόκειται για κάτι σύννητες, αλλά σε ό,τι αφορά την περίπτωση τη δική μας δεν υπάρχει, όμως εν δυνάμει θα μπορούσε και να υπάρξει.»).

από το 2008) – παραχωρείται στο διανομέα το αποκλειστικό δικαίωμα εμπορικής διάθεσης των προϊόντων GAMBRO για ολόκληρη τη χώρα εγκατάστασης του διανομέα (συμβάσεις αποκλειστικής διανομής). Αντίθετα, σε άλλες - ειδικότερα στη συμβάσεις που αφορούν στη Μάλτα (από το 2012), Ρουμανία (από το 2012 τουλάχιστον), Τσεχία (από το 2008) και Ουγγαρία (από το 2009)- δεν παραχωρείται στο διανομέα αποκλειστικότητα στη γεωγραφική περιοχή ευθύνης του (συμβάσεις απλής, μη αποκλειστικής διανομής).

389. Σημειώνεται πάντως, προς την κατεύθυνση των ομοιοτήτων μεταξύ των συμβάσεων, ότι στην περίπτωση των ανωτέρω χωρών, σε όλες τις συμβάσεις διανομής, οι συμβατικές γεωγραφικές περιοχές, παραχωρούμενες κατ' αποκλειστικότητα ή μη, αντιστοιχούν σε ολόκληρο το κράτος μέλος. Επιπλέον, σε όλες τις συμβάσεις, ανεξαρτήτως χρονικής αφετηρίας και περιόδου ισχύος, ο αντισυμβαλλόμενος διανομέας αναλαμβάνει, αποκλειστικώς ή μη, τη διανομή των πρωτογενών προϊόντων, μηχανημάτων HD, από κοινού με τη διανομή των δευτερογενών, ήτοι αναλαμβάνει παράλληλα και τη διανομή των ανταλλακτικών, και την παροχή των υπηρεσιών της συντήρησης και της επισκευής τους.
390. Ομοίως, σε όλες τις συμβάσεις, περιλαμβάνεται ρήτρα περί απαγόρευσης ανταγωνισμού, πλην ειδικών περιπτώσεων που αφορούν σε μεταβατικές κυρίως περιόδους. Ο διανομέας δεσμεύεται, δηλαδή, ρητά, ότι δεν θα διαθέτει στην αγορά και δεν θα παρέχει υπηρεσίες για προϊόντα άλλων, ανταγωνιστικών σημάτων.
391. Επιπλέον στη μεγάλη πλειοψηφία των συμβάσεων προβλέπεται ρητά υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας. Ειδικότερα, στις συμβάσεις με τους διανομείς σε Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία, Μάλτα, Ρουμανία, οι οποίες ακολουθούν τη διατύπωση της Σύμβασης Πρότυπο που καθιερώθηκε για όσους προσχωρούν ή ανανεώνουν τις συμβάσεις τους μετά το 2010, περιλαμβάνεται όρος περί αποκλειστικής πηγής προμήθειας των προϊόντων (μηχανήματα και ανταλλακτικά) αποκλειστικά από την ίδια την GAMBRO. Αλλά και στις συμβάσεις διανομής σε Τσεχία, Ουγγαρία και Σλοβακία περιλαμβάνεται όρος με το περιεχόμενο αυτό, ειδικά σε σχέση με την προμήθεια των ανταλλακτικών των μηχανημάτων και του λοιπού αναγκαίου εξοπλισμού για την τεχνική υποστήριξη των μηχανημάτων από τον διανομέα⁵⁶⁸. Περαιτέρω, θα πρέπει να αναφερθεί ότι σε όλες τις υπό εξέταση συμβάσεις περιλαμβάνεται πλέγμα προβλέψεων και δεσμεύσεων από το οποίο προκύπτει ότι ο επίσημος διανομέας και επισκευαστής φαίνεται να επιλέγεται στη βάση ορισμένων αντικειμενικών κριτηρίων ποιοτικού χαρακτήρα που συνδέονται με την απαιτούμενη από μέρους του και από μέρους του προσωπικού του τεχνική και επαγγελματική εκπαίδευση και εξειδίκευση, τα οποία ο επιλεγόμενος διανομέας πληροί κατά το χρόνο σύναψης των συμβάσεων και δεσμεύεται ότι θα τα τηρεί αδιαλείπτως καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος τους.

⁵⁶⁸ Βλ. σχετικές διευκρινίσεις από μάρτυρα [...] ότι τα συγκεκριμένα μηχανήματα δεν είναι αιμοκάθαρσης [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 86]: «B. ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ: *Ναι, βεβαίως. Θα είμαι πολύ σύντομη. Καλησπέρα και από μένα. Εγώ θα ήθελα να σας παρουσιάσω τα παραρτήματα ορισμένων συμβάσεων διανομής της GAMBRO, όπου φαίνονται ποια είναι τα συμβατικά προϊόντα. Πρόκειται για τα παραρτήματα δύο συμβάσεων με τον ίδιο διανομέα στην Τσεχία από το 2008, ένα παράρτημα από τη σύμβαση με διανομέα στην Ουγγαρία απ' το 2009 και ένα παράρτημα από σύμβαση με το διανομέα στη Σλοβακία απ' το 2008. Θέλω να δείτε τα προϊόντα και να μου πείτε αν αυτά είναι προϊόντα αιμοδιήλησης ή κάποιας άλλης κατηγορίας.*

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: *Σε ό,τι αφορά τη σύμβαση ανά χείρας μου με τη Δημοκρατία της Τσεχίας, όχι, δεν είναι μηχανήματα αιμοδιήλησης, αιμοκάθαρσης δηλαδή. Σε ό,τι αφορά πάλι τη Δημοκρατία της Τσεχίας, όχι, δεν είναι μηχανήματα αιμοκάθαρσης. Και το ίδιο και για το... τη σύμβαση της Σλοβακίας. Και οι τρεις συμβάσεις λοιπόν δεν αφορούν σε μηχανήματα αιμοδιήλησης» και σελ. 87 («[...]: Οι τρεις συμβάσεις που κρατώ ανά χείρας δεν είναι συμβάσεις για μηχανήματα αιμοκάθαρσης.»).*

392. Συγκεκριμένα σε όλες τις εξεταζόμενες συμβάσεις υπάρχουν όροι που αντανακλούν την υψηλή τεχνική εκπαίδευση και εξειδίκευση που έπρεπε να διαθέτουν οι επιλεγόμενοι διανομείς, προκειμένου να ανταποκρίνονται στη δέσμευση να προωθούν τη διανομή των εν λόγω σύνθετων ιατροτεχνολογικών προϊόντων, να παρέχουν τις απαιτούμενες υπηρεσίες μετά την πώληση (συντήρηση, επισκευή), αλλά και να τηρούν τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τις προβλεπόμενες στην κείμενη νομοθεσία διαδικασίες υλικοεπαγρύπνισης. Την τεχνική αυτή γνώση δεσμεύονταν να διατηρούν απασχολώντας εξειδικευμένο και συνεχώς εκπαιδευόμενο προσωπικό, να αποδεικνύουν αδιαλείπτως στην προμηθεύτρια GAMBRO μέσω συγκεκριμένων διαδικασιών και δοκιμασιών, καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης, καθώς και να εξελίσσουν περαιτέρω, συμμετέχοντας υποχρεωτικά σε προγράμματα τεχνικής εκπαίδευσης που οργανώνονταν από την GAMBRO και παρακολουθώντας τις τεχνολογικές εξελίξεις που συνδέονταν με τα προϊόντα της⁵⁶⁹.

Υπό το πρίσμα αυτό, το εξεταζόμενο σύστημα διανομής που διέπεται από τις συγκεκριμένες κάθετες συμφωνίες, φέρει επιπλέον στοιχεία συστήματος επιλεκτικής διανομής⁵⁷⁰, ωστόσο πρόκειται για «ανοιχτού» τύπου δίκτυο, δεν εξικνεύεται δηλαδή μέχρι του σημείου της απαγόρευσης των πωλήσεων από μέρους του ίδιου του προμηθευτή και των εξουσιοδοτημένων διανομέων του σε μεταπωλητές που δεν πληρούν τα εν λόγω κριτήρια⁵⁷¹. Πιο συγκεκριμένα δεν εντοπίζονται συμβατικοί όροι, στη βάση των οποίων η καταγγελλόμενη αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι των αντισυμβαλλομένων της να εφοδιάζει και να εντάσσει στο δίκτυο, πλην εκείνων, μόνο διανομείς που έχουν συγκεκριμένες ποιοτικές προδιαγραφές, αλλά ούτε και επιβάλλει στους αντισυμβαλλομένους της, εξουσιοδοτημένους διανομείς, να μην πωλούν τα προϊόντα της σύμβασης σε ανεξάρτητους εμπόρους εκτός δικτύου ή σε μεταπωλητές που δεν πληρούν συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής που έχει θέσει και συμφωνούνται ρητά στη σύμβαση. Προς επίρρωση αυτού του συμπεράσματος λειτουργεί και η κατάθεση του μάρτυρα [...] ο οποίος σε σχετική ερώτηση του δικηγόρου της ΣΕΡΚΟ, αναφέρει τα εξής: «Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: *Κ. μάρτυς, χρησιμοποιείτε μια ορολογία περί πιστοποιημένου, ότι κάποιος συντηρητής πρέπει να 'ναι πιστοποιημένος για να παρέχει συντήρηση στα μηχανήματα GAMBRO. Η έννοια του πιστοποιημένου που χρησιμοποιείτε έχει την έννοια ότι πρέπει να 'χει συμβατική σχέση μαζί του ή μπορεί και να μην έχει σύμβαση μαζί του;*

⁵⁶⁹ Βλ. ιδίως α) Σύμβαση Πρότυπο, όροι 5.1, 5.3, 7.1, καθώς και Παραρτήματα- Exhibit F "Service Protocols", Exhibit F "Form for reporting competency of service technicians", Exhibit I "Pharmacovigilance procedure agreement", β) Από 7-10.10.2003 Σύμβαση μεταξύ Gambro και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, Προοίμιο, υπό Β, καθώς και όρος 10.1 "Technical services", γ) Σύμβαση από 17.11.2008 μεταξύ Gambro και Impax Trading CZ s.r.o., ισχύουσα για την Τσεχία, άρθρο 2 (b), (c), (l), 5.1, Exhibit E, δ) Σύμβαση από 31.09.2009 μεταξύ Gambro και Biotest Hungaria Kft., ισχύουσα για την Ουγγαρία, άρθρο 2 (b), (c), (l), 5.1, ε) την υπ' αριθ. πρωτ. 3436/2015 απάντηση της Gambro σε ερωτηματολόγιο παροχής στοιχείων, υπό 21.

⁵⁷⁰ Το οποίο το υποστηρίζει ως ένα βαθμό και η ίδια η ΣΕΡΚΟ.

⁵⁷¹ Για τη διάκριση μεταξύ «ανοιχτών» και «κλειστών» δικτύων επιλεκτικής διανομής, βλ. ιδίως Δ. Τζουγανάτος, *Οι συμφωνίες αποκλειστικής και επιλεκτικής διανομής στο δίκαιο του ανταγωνισμού (ελεύθερο και αθέμιτο)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2001, σελ. 90επ. και βιβλιογραφία στην οποία παραπέμπει. Συγκεκριμένα «ανοιχτά» χαρακτηρίζονται τα δίκτυα, στα οποία ο προμηθευτής επιλέγει μεν τους διανομείς του με συγκεκριμένα κριτήρια που αφορούν συνήθως την επαγγελματική καταλληλότητα των υποψηφίων, των εγκαταστάσεών τους κ.α, συμφωνεί μαζί τους για τον τρόπο, με τον οποίο θα διατίθενται τα προϊόντα, αλλά τόσο ο ίδιος όσο και οι διανομείς του είναι ελεύθεροι να διαθέτουν σε τρίτους μεταπωλητές της επιλογής τους τα προϊόντα της σύμβασης, κρίνοντας οι ίδιοι ποιους μεταπωλητές θα εφοδιάζουν. Στον αντίποδα, «κλειστά» χαρακτηρίζονται τα δίκτυα, στα οποία ο προμηθευτής και οι διανομείς δεσμεύονται να εφαρμόζουν συγκεκριμένα αντικειμενικά ποιοτικά κριτήρια επιλογής των μεταπωλητών των προϊόντων και αναλαμβάνουν αυτονόητα την υποχρέωση να μην πωλούν τα προϊόντα εκτός δικτύου ή σε εμπόρους που δεν πληρούν τα συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Θα μπορούσε να υπάρξει πιστοποίηση, όπως αναφέρατε, χωρίς την ύπαρξη σύμβασης.»⁵⁷².

Επίσης, σε άλλο σημείο της κατάθεσής του ο ίδιος μάρτυρας αναφέρει σχετικά και τα εξής: «[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζετε, να απαντήσω στο ερώτημά σας, δεν είμαστε κατά ή εναντίον των ανεξάρτητων συντηρητών. Επαναλαμβάνω, ένας συντηρητής ανεξάρτητος για να μπορεί να κάνει αυτού του είδους τις παρεμβάσεις πρέπει να είναι πιστοποιημένος, να χρησιμοποιεί αυθεντικά ανταλλακτικά των μηχανημάτων και να χρησιμοποιεί και βαθμονομημένα εργαλεία για τις εργασίες συντήρησης που παρέχει. Άρα δεν είμαστε εναντίον ούτε κατά των ανεξαρτήτων συντηρητών. Σας κάνω ένα παράδειγμα όμως. Εάν αυτή τη στιγμή παρουσιαστούν 100 ανεξάρτητοι συντηρητές και μας πουν στην GAMBRO μας πιστοποιείς; Η GAMBRO δεν διαθέτει την υποδομή εκείνη για να μπορέσει να το κάνει αυτό. Και προχωρώ σ' ένα δεύτερο σημείο. Εξαρτάται και από την αγορά της κάθε χώρας. Στη Γαλλία για παράδειγμα και στην Ιταλία κατέχουμε το [35-45]% ως μερίδια αγοράς. Στην Ελλάδα έχουμε ένα [5-10]% - [10-15]% ως μερίδιο αγοράς. Δεν μπορούμε να είμαστε σε θέση να πιστοποιούμε όλους τους ανεξάρτητους συντηρητές.». Υπενθυμίζεται ότι στην Ελλάδα, όπως προέκυψε κατά την ακροαματική διαδικασία, οι ανεξάρτητοι συντηρητές για μηχανήματα σήματος GAMBRO που εμφανίζονται σε δημόσιους διαγωνισμούς είναι δύο, η ΣΕΡΚΟ και η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ.

Με βάση τα ανωτέρω είναι σαφές ότι η ύπαρξη ανεξάρτητων επισκευαστών για μηχανήματα αιμοκάθαρσης του σήματος GAMBRO (ιδίως για τον τύπο μηχανήματος AK200) υφίσταται στην Ελληνική Επικράτεια, τουλάχιστον σε δύο περιπτώσεις για τα δημόσια νοσοκομεία και σε κάποιες ακόμη περιπτώσεις και για τα ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές⁵⁷³.

⁵⁷² Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 98.

⁵⁷³ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 62-63 («Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο [...] τι κάνει; Επακριβώς πείτε μου τη δραστηριότητά του.

[...]: Αυτόνομα κάνει συντήρηση σ' αυτές τις ιδιωτικές κλινικές που σας είπα.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ιδιωτικές κλινικές που;

[...]: [...]...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] σας ρώτησα.

[...]: [...], ένα λεπτάκι. Είναι [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...], ιδιωτικές κλινική.

[...]: Ναι, είναι ιδιωτικές κλινικές.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο [...] τι κάνει;

[...]: Και αυτός κάνει συντηρήσεις.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Πού;

[...]: Στη Μονάδα Χρόνιας Αιμοκάθαρσης [...] και στη Μονάδα [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Η MEDI-VALPAN τι κάνει;

[...]: Κάνει συντηρήσεις σε ιδιωτικές κλινικές στη Θεσσαλονίκη και απ' όσο γνωρίζω κάνει...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ποιες;

[...]: Δεν γνωρίζω επακριβώς. Και απ' όσο...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Δηλαδή γνωρίζετε ότι κάνει σε ιδιωτικές κλινικές, αλλά δεν ξέρετε σε ποιες;

[...]: Να απαντήσω; Μπορώ;

ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Όχι, με ικανοποιεί, για να 'μια ειλικρινής, αλλά...

[...]: Στη Μονάδα [...] και η MEDI-VALPAN.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Δεν έχω άλλη ερώτηση.»).

Βλ. επίσης κατάθεση του ίδιου μάρτυρα, σύμφωνα με τον οποίο (σελ. 64) «[...]: Βρεθήκαμε και με της ARITI τους συντηρητές και με της MEDIPRIME. Εκεί υπάλληλος της MEDIPRIME, ο κ. [...], μας είπε ότι η εταιρία MEDI-VALPAN κάνει επισκευές σε [...] σε ιδιωτικές κλινικές που έχουνε [...] μηχανήματα. Ο ίδιος κύριος μας είπε ότι έχει ζητήσει η MEDI-VALPAN του [...] εκπαίδευση από το εργοστάσιο της [...] και δέχτηκε το εργοστάσιο της [...]. Δηλαδή αυτή είναι η πηγή που γνωρίζω εγώ.». Από το

393. Συνεπώς, οι διέπουσες το εν λόγω δίκτυο συμφωνίες περί τεχνικής εκπαίδευσης και εξειδίκευσης των διανομέων δεν προσδίδουν σε αυτό χαρακτήρα ή αποτέλεσμα περιοριστικό του ανταγωνισμού υπό την έννοια του άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ και εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων αυτών. Ταυτόχρονα, εκτιμάται ότι το εν λόγω δίκτυο, φέρει μεν τα ανωτέρω στοιχεία, αλλά δεν παρουσιάζει την περιοριστική φυσιογνωμία δικτύου επιλεκτικής διανομής και για το λόγο αυτό η αξιολόγηση των κάθετων συμφωνιών και περιορισμών που περιλαμβάνονται σ' αυτό δεν ακολουθεί τις αρχές, τους κανόνες και τη μέθοδο ανάλυσης που προβλέπει το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού, ιδίως ο Κανονισμός 330/2010 και οι αντίστοιχες κατευθυντήριες γραμμές, αλλά και η σχετική εθνική και ενωσιακή νομολογία, αναφορικά με τα δίκτυα επιλεκτικής διανομής.

Ιδιαίτερα σοβαροί περιορισμοί που περιλαμβάνονται στις συμβάσεις διανομής GAMBRO

Έλεγχος του παράλληλου εμπορίου και γεωγραφικοί περιορισμοί των πωλήσεων σε δίκτυο διανομής - Πλαίσιο ανάλυσης

394. Στις συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού συμπεριλαμβάνονται, σαφώς, και οι σχετικές με τον έλεγχο, παρεμπόδιση ή/και περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, καθώς είναι από τη φύση τους ικανές να οδηγήσουν στη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών, στην παρακάλυψη της οικονομικής αλληλοδιεισδύσεως εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης και εν τέλει στον κατακερματισμό της ενιαίας εσωτερικής αγοράς. Σε επίπεδο εθνικής νομολογίας⁵⁷⁴ και αντίστοιχης θεωρίας⁵⁷⁵, ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου έχει ενταχθεί στην τυπολογία των εξ αντικειμένου απαγορευμένων συμπράξεων. Αντιστοίχως, σε ενωσιακό επίπεδο, έχει κριθεί⁵⁷⁶ ότι οποιοδήποτε μέτρο έχει ως σκοπό τη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών, παρακαλύποντας τις παράλληλες εξαγωγές και εισαγωγές, αντιβαίνει εξ αντικειμένου στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ, και τούτο, διότι η παραβίαση του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ δεν εξαρτάται στην περίπτωση αυτή από την επιτυχία της απόπειρας στεγανοποίησης των εθνικών αγορών.

συγκεκριμένο κομμάτι της κατάθεσης του εν λόγω μάρτυρα, το οποίο δεν αμφισβητήθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, συνάγεται η ύπαρξη ανεξάρτητου επισκευαστή (MEDIVALPAN) σε ιδιωτικές κλινικές για περισσότερα του ενός σήματα (GAMBRO/ [...]), ο οποίος στη συνέχεια χαρακτηρίζεται και dealer της BAXTER (έμπορος δηλ. μηχανημάτων) από το νόμιμο εκπρόσωπο της καταγγέλλουσας [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 87].

⁵⁷⁴ Βλ. ενδεικτικά ΔεφΑθ 6394/2014, 5459/2014 και 3807/2014 επί της ΕΑ 441/V/2009, ενότητα VII.3. Έχει συναφώς κριθεί ότι ο περιορισμός των παράλληλων εισαγωγών σε μία εθνική αγορά αποσκοπεί στη στεγανοποίηση της εθνικής αγοράς και στον περιορισμό, κατά συνέπεια, του ανταγωνισμού στην ενιαία αγορά (βλ. σχετικά ΕΑ 517/VI/2011, σκ. 144, καθώς και ΕΑ 610/2015, 175 επ. με παραπομπή σε σχετική ενωσιακή νομολογία, μεταξύ άλλων σε ΔΕΕ C- 56, 58/64, *Etablissements Consten SA and Grundig κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1966, I-299)

⁵⁷⁵ Βλ. Μικρούλεα Α. σε Τζουγανάτο Δ., *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Νομ. Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 254.

⁵⁷⁶ Βλ. ΠΕΚ T-217 & 245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)*, κλπ κατά Επιτροπής, Συλλ. 2006, σελ. II-4987, σκ. 80 επ., και ΠΕΚ T-62/98, *Volkswagen AG κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. II-02707, σκ. 178 επ., όπου και παραπομπές σε περαιτέρω σχετική ενωσιακή νομολογία. Γενικότερα ως προς το παράλληλο εμπόριο, βλ. και ΔΕΚ 22/71, *Béguelin Import G.L. Import Export*, Συλλ. 1971, σελ. I- 979, σκ. 12, ΔΕΚ συνεκδ. υποθ. 56 & 58/64, *Consten και Grundig κατά Επιτροπής*, ό.π., ΠΕΚ T-62/98, *Volkswagen κατά Επιτροπής*, ό.π., επικυρωθείσα επί αναίρεσως από ΔΕΚ C-338/00 P, *Volkswagen κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. I-9189, ΠΕΚ T-368/00, *General Motors Nederland και Opel Nederland κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. II-4491, ΠΕΚ T-18/03, *CD-Contact Data κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2009, σελ. II-1021, επικυρωθείσα επί αναίρεσως από ΔΕΚ C-260/09 P, *Activision Blizzard κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2011, σελ. I-419, ΠΕΚ T-12/03, *Itochu Corporation κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2009, σελ. II-909 και ΠΕΚ T-13/03, *Nintendo Corp και Nintendo of Europe κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. II-975.

395. Η απαγόρευση των παράλληλων εισαγωγών/εξαγωγών εντάσσεται στις λεγόμενες *per se* παραβάσεις του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού και από μέρος της θεωρίας θεωρείται - μαζί με τα καρτέλ - η πιο επαχθής αντιανταγωνιστική πρακτική από πλευράς κοινοτικού δικαίου⁵⁷⁷. Επειδή η πρακτική της απαγόρευσης των παράλληλων εισαγωγών θεωρείται ότι εδραιώνει ουσιαστικά μία γεωγραφική κατανομή της ευρωπαϊκής αγοράς, αντιμετωπίζεται αυστηρά τόσο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή όσο και από την ευρωπαϊκή νομολογία⁵⁷⁸. Μάλιστα, ήδη πριν τη θέση σε ισχύ της ΣΛΕΕ, στη θεωρία είχε παρατηρηθεί⁵⁷⁹ ότι η απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών εντάσσεται στις περιπτώσεις εκείνες που στρέφονται ευθέως κατά μίας εκ των θεμελιωδών διατάξεων της Συνθήκης για την Ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, αυτής του άρθρου 3 παρ. 1 (ζ), η οποία προέβλεπε ότι «για τους σκοπούς του άρθρου 2, η δράση της Κοινότητας περιλαμβάνει, σύμφωνα με τους όρους και το χρονοδιάγραμμα που προβλέπει η παρούσα Συνθήκη [...] ένα καθεστώς που εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό μέσα στην εσωτερική αγορά».
396. Για το λόγο τούτο, στην ενωσιακή νομολογία τέτοιου είδους περιπτώσεις, πρακτικών δηλαδή απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών/εξαγωγών, έχουν θεωρηθεί σοβαρές αντιανταγωνιστικές παραβάσεις⁵⁸⁰ και ως εκ τούτου έχουν αντιμετωπιστεί με την επιβολή σημαντικών προστίμων⁵⁸¹.
397. Αν και το σύνηθες είναι οι αρχές ανταγωνισμού να επιχειρούν να συνάγουν έμμεσα⁵⁸² την απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών εξετάζοντας άλλους επιμέρους συμβατικούς όρους, προκειμένου να καταλήξουν στο συμπέρασμα ότι αυτοί αποσκοπούν τελικά στην απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών, στην εξεταζόμενη περίπτωση οι επίμαχοι συμβατικοί όροι που αναφέρονται στην απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών και που εντοπίστηκαν, ρητώς αυτοί διατυπωμένοι, στις προαναφερθείσες συμβάσεις τόσο μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ⁵⁸³ όσο και μεταξύ GAMBRO και εξουσιοδοτημένων διανομέων αυτής σε Ιρλανδία,

⁵⁷⁷ Βλ. σχετικά M. Motta, *Competition Policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, 2005, σελ. 14, 495. Για το ζήτημα των παράλληλων εισαγωγών, ενδεικτικά βλ. Θ. Λιακόπουλο, *Βιομηχανική Ιδιοκτησία*, 2000, σελ. 125-126 και Α. Κοτσίρη, *Δίκαιο Ανταγωνισμού (Αθέμιτου και Ελεύθερου)*, 2000, σελ. 301-302.

⁵⁷⁸ Βλ. χαρακτηριστικά 22/71 *Beguelin Import v. G.L. Import Export*, Συλλ. 1971, σελ. 949, 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville*, Συλλ. 1974, σελ. 837, 56& 58/64 *Consten and Grundig v. Commission*, Συλλ. 1966, σελ. 299, T-43/92 *Dunlop Slazenger v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 1994, σελ. II-441, παρ. 60, καθώς επίσης και 19/77 *Miller v. Commission*, Συλλ. 1978, σελ. 131, *Viho/Toshiba*, EE 1991, L 287/39, T-77/92 *Parker Pen v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 1994, σελ. II-549, *Tretorn*, EE 1994, L378/45, T-49/95 *Van Megen Sports v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 1996, σελ. II-1799).

⁵⁷⁹ Βλ. M. Motta, *ό.π.*

⁵⁸⁰ Βλ. σχετικά C. Bellamy and G. Child, *European Community Law of Competition*, 5th ed., Sweet & Maxwell, 2001, παρ. 7-052.

⁵⁸¹ Σχετικό ενδεικτικό παράδειγμα αποτελεί η απόφαση του ΠΕΚ στην υπόθεση *Volkswagen v. Commission* (T-62/98) (Συλλ. Νομολ. 2000, σελ. II-2707), που κατέληξε σε επιβολή προστίμου στην εταιρεία ύψους 90 εκατομμυρίων ευρώ (το δικαστήριο δηλαδή αναγνώρισε την ορθότητα του μεγαλύτερου μέρους του προστίμου ύψους 102 εκατομμυρίων ευρώ που είχε επιβάλει στην εταιρεία η Ευρωπαϊκή Επιτροπή). Χαρακτηριστικό επίσης παράδειγμα αποτελεί η απόφαση του ΠΕΚ στην υπόθεση *General Motors and Opel v. Commission* (T-368/00), που κατέληξε σε επιβολή προστίμου ύψους 35.475.000 ευρώ (δηλαδή και σε αυτή την περίπτωση το δικαστήριο αναγνώρισε την ορθότητα για το μεγαλύτερο μέρος του επιβληθέντος προστίμου ύψους 43 εκατομμυρίων ευρώ που είχε επιβάλει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή). Χαρακτηριστική επίσης είναι η υπόθεση *JCB* (βλ. σχετικό *Press Release IP/00/1526* της 21.12.2000.), όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή επέβαλε πρόστιμο ύψους 39,6 εκατομμυρίων ευρώ.

⁵⁸² Βλ. σχετικά C. Bellamy and G. Child, *ό.π.*, παρ. 7-053, το κεφάλαιο με τίτλο “*Indirect measures to prevent parallel imports*”, καθώς επίσης και V. Korah & D. O’Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Hart Publishing, 2002, σελ. 58.

⁵⁸³ Ιδίως Section 6 με τίτλο *NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS*.

Βουλγαρία, Μάλτα, Κροατία, Τσεχία, Ουγγαρία, Ρουμανία, Σλοβακία⁵⁸⁴, είναι με απόλυτη σαφήνεια άμεσα διατυπωμένοι, έτσι ώστε να μην αφήνουν κανένα περιθώριο παρερμηνείας τόσο για τη σημασία τους όσο και για τις προθέσεις των συμβαλλόμενων μερών.

398. Εξάλλου, ρητά με το άρθρο 4 περ. β' του Κανονισμού 330/2010, δεν καλύπτονται από την ομαδική απαλλαγή και συμπαρασύρουν σε αποκλεισμό από το εν λόγω ευεργέτημα ολόκληρη την κάθετη συμφωνία, οι περιορισμοί ως προς την γεωγραφική περιοχή, στην οποία ο συμβαλλόμενος διανομέας ή οι πελάτες του δύνανται να πωλούν τα συμβατικά αγαθά.
399. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 4 περ. β' του Κανονισμού προβλέπεται ότι δεν απαλλάσσονται κάθετες συμφωνίες οι οποίες, άμεσα ή έμμεσα, μεμονωμένα ή σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες, που υπόκεινται στον έλεγχο των μερών, έχουν ως αντικείμενο: «β) τον περιορισμό όσον αφορά την περιοχή την οποία, ή τους πελάτες στους οποίους, ένας αγοραστής που συμμετέχει στη συμφωνία δύναται, με την επιφύλαξη του περιορισμού στον τόπο εγκατάστασής του, να πωλεί τα αναφερόμενα στη σύμβαση αγαθά ή υπηρεσίες⁵⁸⁵ ...».
400. Οι εν λόγω γεωγραφικοί περιορισμοί ανήκουν στην κατηγορία των «ιδιαίτερης σοβαρότητας», εξ αντικειμένου περιορισμών του ανταγωνισμού και αφορούν στην κατανομή των αγορών κατά περιοχές. Η κατανομή μπορεί να προκύπτει από άμεσες υποχρεώσεις, όπως υποχρέωση μη πώλησης σε πελάτες σε ορισμένες περιοχές ή υποχρέωση μετάθεσης των παραγγελιών από τους πελάτες αυτούς σε άλλους διανομείς, ή από έμμεσου χαρακτήρα μέτρα που αποσκοπούν να αποτρέψουν το διανομέα από το να πωλεί σε ορισμένες περιοχές⁵⁸⁶. Οι ενδεικτικώς αναφερόμενες πρακτικές είναι ακόμη πιθανότερο να θεωρηθούν ως περιορισμός των πωλήσεων που πραγματοποιεί ο αγοραστής με τη μορφή κατανομής των αγορών κατά περιοχές, όταν αυτές συνδυάζονται με την εφαρμογή ενός συστήματος παρακολούθησης⁵⁸⁷, το οποίο εντοπίζεται ότι συμβαίνει και στην εξεταζόμενη περίπτωση, συμβατικώς μάλιστα προβλεπόμενο⁵⁸⁸.
401. Ο καταμερισμός της αγοράς με την επιβολή από τον προμηθευτή στο διανομέα – που στην εξεταζόμενη περίπτωση είναι και επισκευαστής - να διαπραγματεύεται ή/και να συνάπτει συμβάσεις μόνο με όσους πελάτες είναι εγκατεστημένοι σε μία συγκεκριμένη παραχωρηθείσα εδαφική περιοχή είναι επιζήμιοι για τον ανταγωνισμό, καθώς στεγανοποιούν την αγορά με συνέπεια να αντιβαίνουν προς το σκοπό της ενοποίησης των αγορών, που προωθεί η ΣΛΕΕ⁵⁸⁹, ενώ δύνανται να προκαλέσουν

⁵⁸⁴ Ιδίως Section 1.6 Παράρτημα 15B.

⁵⁸⁵ Αυτό σημαίνει ότι το ευεργέτημα του Κανονισμού εξακολουθεί να ισχύει εάν μεταξύ προμηθευτή και αγοραστή «συμφωνείται ότι ο αγοραστής θα περιορίζει το/τα καταστήματα διανομής και την/τις αποθήκες του σε μία συγκεκριμένη διεύθυνση, τόπο ή περιοχή». Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 50, τελευταίο εδάφιο.

⁵⁸⁶ Βλ. «Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς», Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 50, όπου αναφέρονται ενδεικτικά και παραδείγματα έμμεσης μορφής περιορισμών.

⁵⁸⁷ Βλ. «Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς», Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 50.

⁵⁸⁸ Βλ. παρ. 439 και 443 της παρούσης Εισήγησης.

⁵⁸⁹ Πρβλ. την απόφαση ΔΕΚ C- 403/08 και C- 429/08 Football Association Premier League (FAPL), Συλλ. 2011, I-9083, σκ. 139, όπου επί λέξει αναφέρονται τα εξής: «...κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, συμφωνίες, οι οποίες τείνουν να ανασυστήσουν τα στεγανά των εθνικών αγορών ενδέχεται να αντιβαίνουν στο σκοπό της Συνθήκης που συνίσταται στην ενοποίηση των αγορών με την εγκαθίδρυση μιας κοινής αγοράς. Έτσι, συμβάσεις οι οποίες αποσκοπούν στη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών κατ' αντιστοιχία προς τα εθνικά σύνορα ή παρακωλύουν την οικονομική αλληλοδιείσδυση των εθνικών αγορών πρέπει καταρχήν να θεωρούνται συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, κατά την έννοια του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ», καθώς και νομολογία στην οποία παραπέμπει κατ' αναλογία.

αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό άλλων αγοραστών μέσω της διαμερισματοποίησης της αγοράς και της κατά τον τρόπο αυτό ύψωσης φραγμών στην είσοδο ή την επέκτασή τους, καθώς και να καταργήσουν πλήρως τον ενδοσηματικό ανταγωνισμό. Αυτό ακριβώς εκτιμάται ότι συμβαίνει και στην εξεταζόμενη περίπτωση στο μέτρο και στο βαθμό που το αίτημα της ΣΕΡΚΟ προς την GAMBRO, για υπόδειξη εξουσιοδοτημένων διανομέων στην Ε.Ε. για την προμήθεια ανταλλακτικών GAMBRO, προκειμένου να απευθυνθεί σε εκείνους για την τακτική προμήθεια, η τελευταία δεν απήντησε⁵⁹⁰. Σημειωτέον δε ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είναι άμεσος ανταγωνιστής της ΣΕΡΚΟ στην ελληνική επικράτεια, αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του σήματος GAMBRO κι επομένως έχει προφανές οικονομικό συμφέρον να δυσχεράνει – αν όχι να αποκλείσει, αν μπορεί - είτε άμεσα είτε έμμεσα τη συμμετοχή της ΣΕΡΚΟ στους επίμαχους διαγωνισμούς.

402. Είναι σαφές ότι, όταν η παραχωρηθείσα από τον προμηθευτή εδαφική περιοχή ευθύνης του διανομέα, συμπίπτει με την επικράτεια ενός κράτους μέλους, τυχόν συμφωνίες που περιορίζουν τις πωλήσεις εκτός της περιοχής αυτής, κατά τρόπο αντίθετο προς τις προβλέψεις του Κανονισμού, ισοδυναμούν με απαγόρευση παράλληλων εξαγωγών/εισαγωγών των προϊόντων του προμηθευτή και έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, καθώς η πολιτική αυτή του προμηθευτή στεγανοποιεί τις περιοχές ευθύνης των διανομέων, συνεπώς κατ' αποτέλεσμα τις εθνικές αγορές, περιορίζοντας το παράλληλο εμπόριο⁵⁹¹. Αυτό ακριβώς εκτιμάται ότι συμβαίνει και στην εξεταζόμενη περίπτωση δια της «σιωπηρής άρνησης» υπόδειξης της GAMBRO στη ΣΕΡΚΟ εναλλακτικών πηγών προμήθειας ανταλλακτικών, πλην της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

403. Διευκρινίζεται, ακόμη, ότι, σύμφωνα με την Ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας, ακόμα και στην περίπτωση που το μερίδιο αγοράς του προμηθευτή στη σχετική αγορά δεν υπερβαίνει το 10% (ή το 15% σύμφωνα με την αντίστοιχη Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής), ο περιορισμός των πωλήσεων των διανομέων κατά περιοχές αποτελεί ιδιαίτερος σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού και εξαιρείται από το ευεργετικό πεδίο εφαρμογής τους⁵⁹².

Εξάιρεση από την απαγόρευση

404. Ωστόσο, στην περίπτωση δικτύων αποκλειστικής διανομής, σημαντική είναι η προβλεπόμενη στο άρθρο 4 περ. β' ι) του Κανονισμού⁵⁹³ εξάιρεση από την

⁵⁹⁰ Βλ. σχετικά παρ. 293.

⁵⁹¹ Βλ. ΠΕΚ Τ-67/01, *JCB Service κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2004, σελ. Π-49, σκ.101,105-108 επί της Απόφασης Ευρωπαϊκής Επιτροπής 2002/190/ΕΚ, *JCB*, παρ. 45-46, 107, 144-145, 151, 154, και Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 2003/675/ΕΚ *Video Games, Nintendo Distribution, Nintendo-Omega*, παρ.164, 263, 283-284, η οποία επικυρώθηκε με την ΠΕΚ Τ-18/03, *CD-Contact Data κατά Επιτροπής*, ο.π., καθώς και Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 97/123/ΕΟΚ, - *Novalliance/Systemform*, παρ. 56, 60.

⁵⁹² Βλ. Ανακοίνωση της Ε.Α. με ημερομηνία 2/3/2006 σχετικά με τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας, παρ. 11(2) και Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας (de minimis), ΕΕ C 2014 291/01, της 30/108/2014, σημ. 2, 13, καθώς και το συνοδευτικό της Ανακοίνωσης, *Commission staff working document*, παρ. 3.1. με περιπτώσιολογία σοβαρών, εξ αντικειμένου, περιορισμών του ανταγωνισμού, οι οποίοι αφορούν περιορισμούς των πωλήσεων του αγοραστή/διανομέα. Βλ. επίσης Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, σημεία 9-11, καθώς και ΔΕφαΘ 559/2010 και ΔΕφαΘ 2891/2009.

⁵⁹³ Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη του Κανονισμού αίρεται ο απαγορευτικός κανόνας όταν πρόκειται «για περιορισμό των ενεργητικών πωλήσεων στην αποκλειστική περιοχή ή σε αποκλειστική πελατεία που προορίζεται για τον προμηθευτή ή έχει παραχωρηθεί από τον προμηθευτή σε άλλο αγοραστή, εφόσον ο περιορισμός αυτός δεν περιορίζει τις πωλήσεις από τους πελάτες του αγοραστή».

απαγόρευση σε ότι αφορά στις ενεργητικές πωλήσεις⁵⁹⁴: επιτρέπεται, δηλαδή, στον προμηθευτή να περιορίζει τις ενεργητικές πωλήσεις του διανομέα σε περιοχές που ο προμηθευτής έχει παραχωρήσει κατ' αποκλειστικότητα σε άλλον διανομέα ή έχει επιφυλάξει για τον εαυτό του κατ' αποκλειστικότητα, εφόσον με τον τρόπο αυτό δεν περιορίζονται οι πωλήσεις των πελατών του αγοραστή, δηλαδή εφόσον ο περιορισμός αυτός δεν επιδρά στις επόμενες βαθμίδες εμπορίας των προϊόντων.

405. Αποκλειστική παραχώρηση γεωγραφικής περιοχής υφίσταται στις περιπτώσεις που ο προμηθευτής αναλαμβάνει την υποχρέωση να πωλεί τα προϊόντα του σε έναν μόνο διανομέα προς διανομή σε μία συγκεκριμένη περιοχή (δίκτυα αποκλειστικής διανομής). Με την εν λόγω εξαίρεση, ο αποκλειστικός διανομέας προστατεύεται από ενεργητικές πωλήσεις που θα μπορούσαν να λάβουν χώρα στην περιοχή του από οποιονδήποτε άλλο διανομέα. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση ο διανομέας θα πρέπει να παραμένει πάντα ελεύθερος να διενεργεί παθητικές πωλήσεις⁵⁹⁵ και εκτός της αποκλειστικής του περιοχής⁵⁹⁶.
406. Στην περίπτωση δικτύων διανομής μη αποκλειστικής (απλής) διανομής, δεν βρίσκεται πεδίο εφαρμογής η ανωτέρω εξαίρεση από την απαγόρευση σε ότι αφορά τις ενεργητικές πωλήσεις, η οποία ισχύει μόνο στην περίπτωση δικτύων αποκλειστικής διανομής⁵⁹⁷. Συνεπώς, στην περίπτωση που μία γεωγραφική περιοχή έχει ανατεθεί σε περισσότερους του ενός διανομείς, δεν επιτρέπεται και εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 4 περ. β) του Κανονισμού ο περιορισμός των ενεργητικών (και των παθητικών) πωλήσεων εκ μέρους των διανομέων.

Απαγορευμένοι γεωγραφικοί περιορισμοί – παρεμπόδιση του παράλληλου εμπορίου στο δίκτυο διανομής της GAMBRO

407. Στην υπό κρίση υπόθεση, από την γραμματική ερμηνεία των ρητά διατυπωμένων και σαφών κατά περιεχόμενο συμβατικών ρητρών, οι οποίες παρατέθηκαν ανωτέρω και περιλαμβάνονται στις συμβάσεις διανομής της προμηθεύτριας GAMBRO με τους διανομείς του δικτύου της σε κράτη μέλη, όπου εφήρμοζε σύστημα αποκλειστικής ή και απλής, κατά περίπτωση, διανομής για τα επίμαχα προϊόντα, μέσω ανεξάρτητων ως

⁵⁹⁴ Ως «ενεργητικές πωλήσεις» νοούνται: η ενεργητική προσέγγιση μεμονωμένων πελατών, για παράδειγμα με απευθείας ταχυδρομικές επιστολές, ιδίως με αποστολή ανεπίκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων, ή επισκέψεις· ή η ενεργητική προσέγγιση μιας συγκεκριμένης ομάδας πελατών ή πελατών σε μία συγκεκριμένη περιοχή μέσω διαφημίσεων στα μέσα μαζικής ενημέρωσης ή στο διαδίκτυο ή άλλων ενεργειών προώθησης που στοχεύουν ειδικά σ' αυτή την ομάδα πελατών ή σε πελάτες που βρίσκονται στη συγκεκριμένη περιοχή. Η διαφήμιση ή προώθηση που είναι ελκυστική μόνο για τον αγοραστή, εάν επίσης προσεγγίζει μια συγκεκριμένη ομάδα πελατών ή πελάτες σε μία συγκεκριμένη περιοχή, θεωρείται ενεργητική πώληση σε αυτήν την ομάδα πελατών ή σε πελάτες που βρίσκονται στη συγκεκριμένη περιοχή. (Βλ. «Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς», Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 51).

⁵⁹⁵ Ως «παθητικές πωλήσεις» νοούνται: η ανταπόκριση στη ζήτηση που εκφράζεται αυτοβούλως από μεμονωμένους πελάτες, περιλαμβανομένης της παράδοσης αγαθών ή υπηρεσιών σ' αυτούς. Η γενική διαφήμιση ή προώθηση η οποία προσεγγίζει πελάτες που βρίσκονται στις (αποκλειστικές) περιοχές άλλων διανομέων ή ομάδες πελατών τους, αλλά αποτελεί εύλογο τρόπο για την προσέγγιση πελατών εκτός των συγκεκριμένων περιοχών ή των ομάδων πελατών, για παράδειγμα για την προσέγγιση πελατών στην αποκλειστική περιοχή του ίδιου του διαφημιζόμενου, θεωρούνται παθητικές πωλήσεις. Η γενική διαφήμιση ή προώθηση θεωρούνται εύλογοι τρόποι για την προσέγγιση των εν λόγω πελατών, αν θα ενδιέφερε τον αγοραστή η πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων, ακόμα και αν δεν προσέγγιζε πελάτες στις (αποκλειστικές) περιοχές άλλων διανομέων ή την πελατεία άλλων διανομέων. (Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 51)

⁵⁹⁶ Βλ. μεταξύ άλλων απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής IV/25.757- Hasselblad, ΕΕ 1982, L 161/18.

⁵⁹⁷ Δημ. Τζουγανάτος, Οι συμφωνίες αποκλειστικής και επιλεκτικής διανομής στο δίκαιο του ανταγωνισμού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2004, σελ. 139 όπου και παραπομπές.

προς την ίδια επιχειρήσεων διανομής (Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία, Μάλτα, Ελλάδα), καταδεικνύεται με σαφήνεια ότι αυτές αποσκοπούσαν στη στεγανοποίηση των αγορών των κρατών μελών της Ένωσης, περιλαμβανομένης της ελληνικής αγοράς, μέσω της παρεμπόδισης του προερχόμενου από τους εν λόγω διανομείς του δικτύου GAMBRO παράλληλου εμπορίου και εν τέλει στο κατακερματισμό της ενιαίας αγοράς, γεγονός που καθιστά τις εν λόγω συμφωνίες εξ αντικειμένου περιοριστικές του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, ανά χώρα διάθεσης των προϊόντων μέσω ανεξάρτητων διανομέων, επισημαίνονται τα εξής:

Ρήτρες στις συμβάσεις διανομής σε Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία, Μάλτα

408. Δυνάμει των συμβάσεων που συνήφθησαν μεταξύ της GAMBRO και των εταιριών: α) Pinewood Laboratories Limited, T/A Pinewood Healthcare με έδρα στην **Ιρλανδία**, την 1.1.2010 , β) Sanimed Ltd, με έδρα στην **Βουλγαρία**, την 1.1.2012, γ) Agmar D.O.O., με έδρα στην **Κροατία**, την 11.1.2013 η GAMBRO συμφώνησε να τους παραχωρήσει την **αποκλειστική διανομή** των επίμαχων προϊόντων στις συμβατικές περιοχές, ήτοι στην επικράτεια των ανωτέρω χωρών εγκατάστασης της κάθε εταιρίας.
409. Επιπλέον, δυνάμει της σύμβασης που συνήφθη μεταξύ της GAMBRO και της εταιρίας Associated Equipment Ltd, με έδρα στη Μάλτα, την 1.1.2012 , η GAMBRO συμφώνησε να της παραχωρήσει την **απλή (μη αποκλειστική) διανομή** των επίμαχων προϊόντων στις συμβατικές περιοχές, ήτοι στην επικράτεια της χώρας εγκατάστασης της εν λόγω εταιρίας.
410. Οι ανωτέρω επίσημες συμβάσεις διανομής στις εν λόγω χώρες, κράτη –μέλη της Ένωσης ακολουθούσαν τις διατυπώσεις του Προτύπου Συμβάσεως που η GAMBRO, κατά δήλωσή της, είχε καθιερώσει για όσους προσχωρούν ή ανανεώνουν τις συμβάσεις τους μετά το 2010. Σε όλες αυτές τις συμβάσεις είχαν περιληφθεί οι ίδιοι προπαρατεθέντες όροι 2.4 (Restriction of Sales Outside of the Territory) και 3.10 (Restrictions on Re-sale), με τους οποίους περιοριζόταν η δυνατότητα των διανομέων των ιδίων αλλά και τυχόν θυγατρικών τους επιχειρήσεων ή/και υποδιανομέων- να προβαίνουν σε εξαγωγές από τη συμβατική περιοχή τους^{598 599}.

⁵⁹⁸ Επαναλαμβάνεται ότι το ακριβές, όμοιο, περιεχόμενο αμφοτέρων των ρητρών αυτών ήταν κατά λέξη «*DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub-distributor to not sell, Products outside the assigned Territory*» (μτφρ «*Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι Θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας περιοχής*»), χωρίς να γίνεται οποιαδήποτε διάκριση ανάμεσα σε ενεργητικές και παθητικές πωλήσεις.

⁵⁹⁹ Βλ. σχετικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 89-90: «B. ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ: Ευχαριστώ. Να ρωτήσω, στις χώρες Μάλτα, Ιρλανδία, Βουλγαρία και Κροατία γνωρίζετε αν η εταιρία έχει συμβάσεις αποκλειστικής διανομής με έναν διανομέα ή έχει περισσότερους διανομείς σ' αυτές τις χώρες;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε...

B. ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ: Μία διευκρίνιση. Να διευκρινιστεί στα προϊόντα αιμοδιήλησης HD μόνο.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Ναι, ναι. Στη Μάλτα λοιπόν διαθέταμε 2 διανομής, επί του παρόντος έχουμε...

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Έχουμε έναν μόνο διανομέα, αλλά στη Μάλτα πια δεν έχουμε παρουσία, γιατί χάσαμε το διαγωνισμό σε ό,τι αφορά τα μηχανήματα αιμοδιήλησης.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Στην Ιρλανδία έχουμε άμεση παρουσία, άνευ διαμεσολάβησης διανομέων. Στη Βουλγαρία έχουμε 3-4...

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Έχουμε μόνον έναν διανομέα σε ό,τι αφορά τα μηχανήματα αιμοδιήλησης, ενώ σε ό,τι αφορά άλλα μηχανήματα έχουμε 3-4, διότι όπως ξέρετε η BAXTER είναι μια πολύ μεγάλη εταιρία και έχει πολλές θυγατρικές και άλλα προϊόντα.

411. Από τη λεκτική διατύπωση των εν λόγω όρων συνάγεται ότι απαγορευόταν γενικώς η μεταπώληση των προϊόντων από τους ανωτέρω διανομείς της GAMBRO σε τελικούς καταναλωτές και εμπόρους εγκατεστημένους σε άλλες χώρες, εκτός του τόπου εγκατάστασης του διανομέα. Σημειωτέον ότι από τις χώρες όπου εφαρμοζόταν σύστημα αποκλειστικής διανομής (Ιρλανδία, Βουλγαρία, Κροατία) απαγορευόταν κάθε μεταπώληση εκτός περιοχής, *συνεπώς και οι παθητικές εξαγωγές*.
412. Κατ' αυτόν τον τρόπο προκλήθηκε σοβαρός περιορισμός του παράλληλου εμπορίου των επίμαχων προϊόντων τουλάχιστον στην Ελλάδα, όπου η διανομή γινόταν μέσω εξουσιοδοτημένου διανομέα, ο οποίος δεσμευόταν συμβατικά με όρο που ρητώς απαγόρευε τις παράλληλες εισαγωγές, καθόσον οι δραστηριοποιούμενοι σε αυτήν ανεξάρτητοι επισκευαστές θα μπορούσαν, αν δεν υπήρχαν οι προαναφερόμενες περιοριστικές συμφωνίες σε συνάρτηση βεβαίως με τον επίμαχο όρο στη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, να επωφεληθούν από παράλληλες εισαγωγές που άλλως θα πραγματοποιούνταν - έστω μέσω παθητικών εξαγωγών - από τους ανωτέρω διανομείς του δικτύου της GAMBRO, ανταποκρινόμενους σε ζήτηση από κάθε χώρα της Ένωσης εκφραζόμενη αυτοβούλως. Συνεπώς, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται ως προς το περιοριστικό του παράλληλου εμπορίου πλαίσιο το οποίο θεμελιώνεται πρωτίστως από το ρητώς εκπεφρασμένο όρο απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών στη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και επιτείνεται - για όσο χρόνο διαρκεί η σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ - από τις ανωτέρω εντοπισθείσες συμφωνίες οι οποίες εμπεριέχουν τον όρο «*DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub-distributor to not sell, Products outside the assigned Territory*» (μτφρ «*Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας περιοχής*»), στο μέτρο και το βαθμό που στο συγκεκριμένο όρο δεν γίνεται διάκριση αν αυτός αφορά σε ενεργητικές ή/και παθητικές πωλήσεις. Αυτό ακριβώς εξηγεί και το γεγονός ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση το αίτημα της ΣΕΡΚΟ για προμήθεια ανταλλακτικών η GAMBRO το παραπέμπει για ικανοποίηση μόνο στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και δεν υποδεικνύει άλλη εναλλακτική πηγή (π.χ. εξουσιοδοτημένο διανομέα), η οποία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σημειωτέον ότι είναι άμεσος ανταγωνιστής της ΣΕΡΚΟ στην ελληνική επικράτεια, στη συγκεκριμένη αγορά, αναφορικά με την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του σήματος GAMBRO κι επομένως έχει προφανές οικονομικό συμφέρον να δυσχεράνει (ή ακόμη και να εξουδετερώσει πλήρως αν μπορεί), είτε άμεσα είτε έμμεσα, τη συμμετοχή της ΣΕΡΚΟ στους επίμαχους διαγωνισμούς. Επίσης, αυτό ακριβώς εξηγεί και το λόγο για τον οποίο η εταιρία [...] η οποία δραστηριοποιείται, κατά δήλωσή της, (ανεξάρτητα) στον τομέα «*της συντήρησης, επισκευής, αγοράς και πώλησης μεταχειρισμένων μηχανημάτων αιμοκάθαρσης και ηλεκτρολυτών*», μολονότι δηλώνει ότι χρησιμοποιεί αποκλειστικά και μόνο γνήσια ανταλλακτικά της εταιρίας GAMBRO⁶⁰⁰, «*τα οποία προμηθεύεται από την αγορά του εξωτερικού*»⁶⁰¹, αποφεύγει επιμελώς να αποκαλύψει την ακριβή προέλευση των εν λόγω γνήσιων ανταλλακτικών, αφού προφανώς γνωρίζει ή πάντως έχει λόγους να φοβάται ότι το δίκτυο της GAMBRO είναι συμβατικώς «κλειδωμένο», δια της ρητής απαγόρευσης παράλληλου εμπορίου από τη GAMBRO προς τους εξουσιοδοτημένους διανομείς της τουλάχιστον στα ανωτέρω Κράτη Μέλη της ΕΕ. Ιδιαίτερα δε χαρακτηριστική, προς επίρρωση όλων των ανωτέρω, είναι η κατάθεση του [...], έτερου ανεξάρτητου επισκευαστή μηχανημάτων αιμοκάθαρσης τύπου GAMBRO, ο οποίος δραστηριοποιείται και σε δημόσιους διαγωνισμούς και ο οποίος στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας,

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Μιλάμε όμως μόνο για μηχανήματα αιμοδιήλησης, τα μηχανήματα και όχι τη συντήρησή τους.»

⁶⁰⁰ Καθώς και της HOSPAL.

⁶⁰¹ Βλ. το υπ' αριθ. πρωτ. 2381/17.04.2018 έγγραφο/απάντηση προς τη ΓΔΑ.

ερωτηθείς σχετικά, απήντησε ότι υπάρχει «τεράστια δυσκολία στις παράλληλες εισαγωγές»⁶⁰², ενώ ταυτόχρονα απέφυγε να αναφέρει που βρίσκει ανταλλακτικά η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, για τους ίδιους λόγους προφανώς που απέφυγε αντίστοιχη αναφορά⁶⁰³ και η [...], η οποία, αν και κλήθηκε από την ΕΑ να καταθέσει ως μάρτυρας, τελικά δεν προσήλθε. Σημειωτέον ότι, όπως θα καταδειχθεί και στη συνέχεια, η [...] δεν δραστηριοποιείται σε δημόσιους διαγωνισμούς, παρά μόνο σε ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές.

413. Πέραν τούτου, σχετικός είναι και ο όρος 2.4 της σύμβασης που συνάφθηκε μεταξύ της GAMBRO και της εταιρίας ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ (η εν λόγω σύμβαση αναλύεται διεξοδικότερα και κατωτέρω) που φέρει τον τίτλο «Exports by customers» και ορίζει σχετικά τα εξής: “If the distributor obtains knowledge of any customer intending to export, use, sell or otherwise dispose of any products outside the Territory, the Distributor shall immediately communicate all relevant information to Gambro Export”⁶⁰⁴. Είναι προφανές ότι ο συγκεκριμένος όρος αφορά και τα ανταλλακτικά, η προμήθεια των οποίων από Κράτος Μέλος σε Κράτος Μέλος λαμβάνει χώρα από μη ενταγμένους στο δίκτυο της συνεργάτες (αλλά και από εξουσιοδοτημένους που όμως παλούν εν αγνοία της σε περιοχές όπου δραστηριοποιείται άλλος εξουσιοδοτημένος).
414. Κατ’ αυτόν τον τρόπο προκλήθηκε σοβαρός περιορισμός του παράλληλου εμπορίου των επίμαχων προϊόντων στην Ελληνική Επικράτεια, καθόσον οι δραστηριοποιούμενοι σε αυτήν ανεξάρτητοι επισκευαστές, μεταξύ των οποίων και η καταγγέλλουσα, θα μπορούσαν, αν δεν υπήρχαν οι προαναφερόμενες περιοριστικές συμφωνίες, να επωφεληθούν από παράλληλες εισαγωγές που άλλως θα πραγματοποιούνταν - έστω μέσω παθητικών εξαγωγών - από τους ανωτέρω διανομείς του δικτύου της GAMBRO, επ’ ωφελεία του ενδοσηματικού ανταγωνισμού στο συγκεκριμένο σήμα και κατ’ επέκταση επ’ ωφελεία, τουλάχιστον για κάποιες περιπτώσεις, και των δημόσιων νοσοκομείων.

Επίμαχες ρήτρες στις συμβάσεις διανομής στην Ελλάδα

415. Δυνάμει της σύμβασης που συνήφθη μεταξύ της GAMBRO και της εταιρίας ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ με έδρα στην **Ελλάδα**, την 7-10.3.2003, η GAMBRO συμφώνησε να της παραχωρήσει την **αποκλειστική διανομή** των επίμαχων προϊόντων στη συμβατική περιοχή, ήτοι στην ελληνική επικράτεια.

⁶⁰² Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 13: «N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: [...], επειδή στην ερώτηση της κα Αντιπροέδρου αναφερθήκατε στο αν χρειάζεστε ανταλλακτικά και πώς τα βρίσκετε, είπατε ότι υπάρχει στοκ και κάνατε μία αναφορά και σε παράλληλες εισαγωγές.

[...]: Μάλιστα.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Θα ήθελα να μας πείτε περισσότερα πράγματα για τις παράλληλες εισαγωγές. Δηλαδή, πόσο συχνά συμβαίνει αυτό, σε ποιο βαθμό γίνεται.

[...]: Όχι πάρα πολύ συχνά. Όταν χρειάζεται προσπαθώ και εγώ να βρω από κάποιες αγορές κάποια υλικά.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Όταν χρειάζεται τι εννοείτε;

[...]: Τα οποία όμως δεν είναι από την εταιρία BAXTER και δεν είναι από την εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Από πού είναι;

[...]: Δεν μπορώ να σας πω.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Εντάξει.

[...]: Το οποίο είναι ένα, ότι αυτή τη στιγμή είμαστε σε μία αντιδικία έτσι και αλλιώς και με την εταιρία BAXTER και δεν θα ήθελα να αναφερθώ, αν δεν σας ενοχλεί.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Δυσκολία στις παράλληλες εισαγωγές υπάρχει;

[...]: Τεράστια. Υπάρχει.».

⁶⁰³ Βλ. ανωτέρω, στην ίδια παράγραφο.

⁶⁰⁴ Βλ. και παρ. 420 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

416. Στη συγκεκριμένη σύμβαση εντοπίζεται το κεφάλαιο 6, που φέρει τον τίτλο «**NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS**» που καταλαμβάνει 3 διακριτές παραγράφους, άμεσα σχετιζόμενες μεταξύ τους, στις οποίες προβλέπονται τα εξής:

“6.1 *No direct sales.* Gambro Export shall not sell the products directly to clients in the Territory, whether through a local establishment, through other agents, distributors dealers, or to customers in the Territory on a cross border basis, except as regards Special Products as set out in Section 2.3 above⁶⁰⁵.”

6.2 *Notice of opportunities.* Gambro Export shall communicate to the Distributor all information concerning opportunities for the promotion and sale of the Products in the Territory and will refer to distributor inquires from all Customers in the Territory directly contacting Gambro Export or for import in the Territory⁶⁰⁶.”

6.3 *No parallel imports.* Gambro Export shall take all reasonable measures compatible with EU-competition law to ensure that all of its other agents, distributors or dealers actually and consistently abstain from exporting any of the Products to the Territory or reselling the Products to any person for import in the Territory”.

417. Οι ανωτέρω όροι 6.1, 6.2 και 6.3 ενσυνείδητα έχουν τεθεί από τις συμβαλλόμενες εταιρίες μαζί, σε διακριτό κεφάλαιο με τίτλο «**NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS**»⁶⁰⁷, ήτοι «**ΟΧΙ ΑΜΕΣΕΣ ΠΩΛΗΣΕΙΣ, ΟΧΙ ΠΑΡΑΛΛΗΛΕΣ ΕΙΣΑΓΩΓΕΣ**», καθόσον με αυτούς τους όρους συνδυαστικά εξεταζόμενους μεταξύ της GAMBRO και της εταιρίας ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ συνάπτεται κατ' ουσίαν συμφωνία απαγόρευσης παράλληλου εμπορίου, η οποία αποβλέπει αφενός στην απόλυτη γεωγραφική κατανομή αγορών από τη GAMBRO κι αφετέρου στην προστασία της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ως εκτελεστικού βραχίονα αυτού του σχεδίου, η οποία επίσης επωφελείται ως μοναδική πηγή προμήθειας μηχανημάτων και ανταλλακτικών της μάρκας GAMBRO, δυνάμει της εν λόγω σύμβασης. Κατά βάση εκτιμάται ότι οι όροι 6.1 και 6.2 αποσαφηνίζουν απολύτως τον όρο 6.3 επιβεβαιώνοντας στην ουσία ότι η διατύπωση του όρου 6.3, σύμφωνα με την οποία, «*Gambro Export shall take all reasonable measures compatible with EU-competition law*» είναι απολύτως προσχηματική⁶⁰⁸.

418. Πέραν τούτου, σημειώνεται ότι στις συγκεκριμένες συμβάσεις είχαν περιληφθεί οι προπαρατεθέντες όροι 2.2 (Limitation to Territory), 2.4. (Exports by customers), με τους οποίους περιοριζόταν άμεσα και ρητά η δυνατότητα του διανομέα να προβαίνει

⁶⁰⁵ Στο Section 2.3 της συγκεκριμένης σύμβασης προβλέπονται τα εξής: “[...]”.

⁶⁰⁶ Βλ. και παρ. 420 της με αρ. πρωτ. 2962/09.05.2018 Εισήγησης.

⁶⁰⁷ Κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ, έγινε λόγος για «*ατυχή τίτλο*» [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 14, Συνεδρίασης 12.02.2019, σελ. 70: «*Πάμε στη συνέχεια, και θα το περιορίσω εκεί, να μην αναφερθώ σε παραπάνω όρους, στον όρο 6, ο οποίος είναι και ο πιο επίμαχος διότι έχει ως πούμε ατυχή τίτλο “No direct sales, no parallel imports”. «Οχι απευθείας πωλήσεις, όχι παράλληλες εισαγωγές»*].

⁶⁰⁸ Βλ. κατάθεση [...], ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 92 («*Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Μια ακόμη διευκρίνιση και ευχαριστώ πολύ για την απάντηση. Το παράλληλο εμπόριο θεωρείτε ότι με κάποιο τρόπο αν διεξάγεται βλάπτει, ωφελεί τα συμφέροντα της GAMBRO; Και μιλάω κυρίως για τα ανταλλακτικά.*

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: *Κοιτάζτε, με εκπλήσσει το γεγονός ότι αναφέρεται ο όρος «παράλληλη εισαγωγή ανταλλακτικών», γιατί όπως ξέρουμε οι τιμές τα τελευταία χρόνια έχουν ενοποιηθεί σε ευρωπαϊκό επίπεδο και μου ηχεί παράδοξο το γεγονός αυτό. Αναφερθήκαμε προηγουμένως και στη μείωση των τιμών. Το ίδιο ανταλλακτικό το οποίο θα πωληθεί στη Βουλγαρία, στη Γαλλία ή στην Ιταλία, θα πωληθεί με τον ίδιο τιμοκατάλογο στις ίδιες τιμές. Εκείνο το οποίο μας ανησυχεί πραγματικά όμως είναι αν το συγκεκριμένο ανταλλακτικό θα καταλήξει σε χέρια μη πιστοποιημένου τεχνικού συντηρητή, ο οποίος ενδεχομένως από κακή χρήση, αστοχία ή οτιδήποτε άλλο μπορεί να προκαλέσει ζημία. Αυτό είναι εκείνο το σημείο το οποίο και εμάς ανησυχεί.»*

σε ενεργητικές εξαγωγές από τη συμβατική περιοχή του, ενώ ταυτόχρονα η προμηθεύτρια εταιρία αναλάμβανε την υποχρέωση ουσιαστικά να εμποδίσει οποιοσδήποτε παράλληλες εισαγωγές των προϊόντων στην ελληνική επικράτεια, προσφέροντας απόλυτη εδαφική προστασία στον Έλληνα διανομέα, αλλά και ο τελευταίος αναλάμβανε την υποχρέωση, όπως ήδη αναφέρθηκε, **να ενημερώνει άμεσα** την καταγγελλόμενη για κάθε ενδεχόμενη εξαγωγή από πελάτες του⁶⁰⁹.

419. Συγκεκριμένα, από τη λεκτική διατύπωση του όρου 2.2 προκύπτει ευθέως ότι απαγορεύονταν οι ενεργητικές εξαγωγές των προϊόντων από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ σε οποιονδήποτε πελάτη (έμπορο ή τελικό καταναλωτή) εκτός Ελλάδος, καθόσον όλες οι άλλες χώρες μέλη της Ένωσης θεωρούνταν, κατά τις διατυπώσεις της σύμβασης, περιοχές παραχωρηθείσες κατ' αποκλειστικότητα σε άλλους διανομείς ή στην ίδια την προμηθεύτρια εταιρία. Ωστόσο, από την έρευνα της ΕΑ προκύπτει ότι κατά τη διάρκεια ισχύος της εν λόγω συμβατικής δέσμευσης (2003-2015), σε κάποιες χώρες της Ένωσης δεν εφαρμοζόταν σύστημα αποκλειστικής διανομής των προϊόντων. Συγκεκριμένα σε Ιρλανδία (από 2.4.2004 μέχρι 31.12.2009), Βουλγαρία (από 2007 έως 2011), και Μάλτα (από 1.12.2012 μέχρι 2015) η διανομή των προϊόντων τουλάχιστον κατά περιόδους δεν είχε ανατεθεί κατ' αποκλειστικότητα σε έναν διανομέα⁶¹⁰. Συνεπώς δεν δικαιολογούνταν ο αποκλεισμός των ενεργητικών εξαγωγών από την Ελλάδα τουλάχιστον προς τις χώρες αυτές, όπου και όταν κατά περίπτωση εφαρμοζόταν σύστημα μη αποκλειστικής (απλής) διανομής. Ως εκ τούτου, κατά το περιεχόμενο του άρθρου 4 του Κανονισμού 330/2010, σύμφωνα με το οποίο «η απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 δεν ισχύει για τις κάθετες συμφωνίες οι

⁶⁰⁹ Επαναλαμβάνεται ότι το περιεχόμενο των ρητρών αυτών ήταν κατά λέξη «2.2. Limitation to Territory. Without the prior written consent from Gambro Export, Distributor shall, during the term of this Agreement, refrain from seeking customers, establishing any branch or maintaining any distribution depot for the Products in the territories outside the Territory exclusively allocated by Gambro Export to other distributors or exclusively reserved to Gambro Export Distributor acknowledges that all other territories outside the Territory are exclusively allocated to other distributors or reserved for Gambro Export. [...] 2.4. Exports by customers. If the Distributor obtains knowledge of any customer intending to export, use, sell or otherwise dispose of any Products outside the Territory, the Distributor shall immediately communicate all relevant information to Gambro Export. [...] 6.3. No parallel imports. Gambro Export shall take all reasonable measures compatible with EU - competition law to ensure that all of its other agents, distributors or dealers actually and consistently abstain from exporting any of the Products to the Territory or reselling the Products to any person for import in the Territory» [έμφαση δίνεται από την ΕΑ].

⁶¹⁰ Βλ. σχετικά και κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 89-90: «B. ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ: Ευχαριστώ. Να ρωτήσω, στις χώρες Μάλτα, Ιρλανδία, Βουλγαρία και Κροατία γνωρίζετε αν η εταιρία έχει συμβάσεις αποκλειστικής διανομής με έναν διανομέα ή έχει περισσότερους διανομείς σ' αυτές τις χώρες;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε...

B. ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ: Μία διευκρίνιση. Να διευκρινιστεί στα προϊόντα αιμοδιήλησης HD μόνο.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Ναι, ναι. Στη Μάλτα λοιπόν διαθέταμε 2 διανομείς, επί του παρόντος έχουμε...

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Έχουμε έναν μόνο διανομέα, αλλά στη Μάλτα πια δεν έχουμε παρουσία, γιατί χάσαμε το διαγωνισμό σε ό,τι αφορά τα μηχανήματα αιμοδιήλησης.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Στην Ιρλανδία έχουμε άμεση παρουσία, άνευ διαμεσολάβησης διανομέων. Στη Βουλγαρία έχουμε 3-4...

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Έχουμε μόνον έναν διανομέα σε ό,τι αφορά τα μηχανήματα αιμοδιήλησης, ενώ σε ό,τι αφορά άλλα μηχανήματα έχουμε 3-4, διότι όπως ξέρετε η BAXTER είναι μια πολύ μεγάλη εταιρία και έχει πολλές θυγατρικές και άλλα προϊόντα.

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Μιλάμε όμως μόνο για μηχανήματα αιμοδιήλησης, τα μηχανήματα και όχι τη συντήρησή τους.».

οποίες, άμεσα ή έμμεσα, μεμονωμένα ή σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες που υπόκεινται στον έλεγχο των μερών έχουν ως αντικείμενο: [...] β) τον περιορισμό σχετικά με την περιοχή στην οποία, ή σχετικά με τους πελάτες στους οποίους, ο αγοραστής δύναται να πωλεί τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη σύμβαση», στο μέτρο και στο βαθμό που η GAMBRO έχει συνάψει συμβάσεις μη αποκλειστικής διανομής, ήτοι σε Ιρλανδία (από 2.4.2004 μέχρι 31.12.2009), Βουλγαρία (από 2007 έως 2011), και Μάλτα (από 1.12.2012 μέχρι 2015), ο επίμαχος όρος (ήτοι 2.2. της σύμβασης με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ) συνιστά περιορισμό ιδιαίτερης σοβαρότητας που δεν μπορεί να τύχει απαλλαγής.

420. Περαιτέρω είναι σαφές ότι η καταγγελλόμενη GAMBRO αναλάμβανε ρητά με την επίμαχη σύμβαση την υποχρέωση (όρος 6.3.) να διασφαλίσει, με τη λήψη κάθε εύλογου μέτρου, ότι όλοι οι άλλοι διανομείς του δικτύου της που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη θα απέχουν, οι ίδιοι και οι πελάτες τους, από εξαγωγές προς την ελληνική επικράτεια, κατά τρόπον ώστε οι περιοχές ευθύνης τους να μην αποτελούν πηγή παράλληλων εξαγωγών προς την Ελλάδα, αλλά να είναι γεωγραφικά «κλειδωμένες», δημιουργώντας έτσι στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασής τους, την εύλογη και βάσιμη προσδοκία ότι τέτοιες παράλληλες εισαγωγές στην γεωγραφική περιοχή ευθύνης της, δηλ. την Ελλάδα, θα αποτραπούν. Επαναλαμβάνεται ότι η γενικόλογη αναφορά σε λήψη μέτρων συμβατών προς το δίκαιο του ανταγωνισμού, ουδόλως μπορεί να αναιρέσει το σαφές αντι-ανταγωνιστικό περιεχόμενο του εν λόγω όρου, καθώς δεν υπάρχουν μέτρα παρεμπόδισης των εξαγωγών που να είναι συμβατά με το δίκαιο του ανταγωνισμού, και για το λόγο αυτό η σχετική αναφορά αξιολογείται ως όλως προσχηματική.
421. Επιπλέον, από τη συμπερίληψη ιδίως στις μεταγενέστερες συμβάσεις που αναλύθηκαν προηγουμένως, συμβατικών δεσμεύσεων περί απαγόρευσης εξαγωγών από άλλους διανομείς που προσχωρούσαν στο δίκτυό της, προδήλως αποδεικνύεται ότι η καταγγελλόμενη GAMBRO ανταποκρίθηκε πράγματι στην εν λόγω αναληφθείσα συμβατική δέσμευσή της να εισάγει προσκόμματα ώστε να αποτραπούν εισαγωγές στην Ελλάδα και σε άλλες χώρες του δικτύου της.
422. Άξια ιδιαίτερης μνείας είναι και η υποχρέωση που αναλαμβάνει ο Έλληνας διανομέας (ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ), σύμφωνα με τον όρο 2.4., να ενημερώνει την καταγγελλόμενη για κάθε επιχειρούμενη από πελάτη του εξαγωγή των προϊόντων από την Ελλάδα, η οποία τυχόν θα περιέλθει σε γνώση του. Η συμβατική αυτή υποχρέωση δεν μπορεί να ερμηνευθεί παρά μόνο ως θεμέλιο ενός συστήματος ανταλλαγής πληροφοριών και πρακτικής συνεργασίας μεταξύ του Έλληνα εξουσιοδοτημένου διανομέα και της GAMBRO σχετικά με τον έλεγχο/περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, η οποία συμπλήρωνε τις προαναφερόμενες διατάξεις περιορισμού των παράλληλων εξαγωγών και εισαγωγών από και προς χώρες μέλη της Ε.Ε, της Ελλάδος συμπεριλαμβανομένης. Ειδικότερα, με τη διαβίβαση από το διανομέα στην GAMBRO των σχετικών πληροφοριών περί πιθανών εξαγωγών από την Ελλάδα, δινόταν στην τελευταία η δυνατότητα να πληροφορηθεί και να εντοπίσει την πηγή, αλλά και τον προορισμό, των εξαγωγών, ώστε, αν το επιλέξει, να ενεργήσει και να λάβει μέτρα κατάλληλα για την αποτροπή τους, καθιστώντας έτσι το γενικότερο σχέδιο παρεμπόδισης του παράλληλου εμπορίου πιο αποτελεσματικό.
423. Μολονότι δεν παρέχονται από την έρευνα άλλα στοιχεία σχετικά με το πώς ο όρος αυτός στην σύμβαση με τον Έλληνα διανομέα εφαρμόστηκε στην πράξη, η συμφωνία με το εν λόγω περιεχόμενο αποτελεί σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού, καθώς είναι σαφές ότι εντάσσεται στο γενικότερο σχέδιο παρεμπόδισης του παράλληλου εμπορίου, ως εργαλείου εντοπισμού και παρακολούθησης προκειμένου να ελέγχεται η πηγή προέλευσης και ο προορισμός των

προϊόντων⁶¹¹. Εξάλλου έχει κριθεί ότι εφόσον οι παράλληλες εξαγωγές τελούν υπό την προσωπική έγκριση του παραγωγού, τούτο θεμελιώνει τουλάχιστον σκοπό περιορισμού του ανταγωνισμού εντός του δικτύου διανομής⁶¹². Υπό το πρίσμα αυτό, δεν μπορεί να παραγνωρισθεί ο προκύπτων από την εν λόγω συμφωνία, ερμηνευόμενη σε συνδυασμό με τους άλλους όρους της σύμβασης που αξιολογούνται ως παραβατικοί, σκοπός περιορισμού του παράλληλου εμπορίου, βάσει του οποίου ο εν λόγω όρος είναι ισοδύναμου αποτελέσματος με την απαγόρευση εξαγωγών, προερχόμενων από πελάτες του διανομέα. Επίσης, κατά το περιεχόμενο του άρθρου 4 του Κανονισμού 330/2010, σύμφωνα με το οποίο «[η] απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 δεν ισχύει για τις κάθετες συμφωνίες οι οποίες, άμεσα ή έμμεσα, μεμονωμένα ή σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες που υπόκεινται στον έλεγχο των μερών έχουν ως αντικείμενο: [...] β) τον περιορισμό σχετικά με την περιοχή στην οποία, ή σχετικά με τους πελάτες στους οποίους, ο αγοραστής δύναται να πωλεί τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη σύμβαση εκτός από: - τους περιορισμούς επί των ενεργητικών πωλήσεων στην αποκλειστική εδαφική περιοχή ή σε αποκλειστική ομάδα πελατών του ιδίου προμηθευτή, ή παραχωρηθείσα από τον προμηθευτή σε άλλον αγοραστή, εφόσον ο εν λόγω περιορισμός δεν περιορίζει τις πωλήσεις των πελατών του αγοραστή». Επομένως, σε σύστημα αποκλειστικής διανομής επιτρέπεται ο περιορισμός των ενεργητικών πωλήσεων του διανομέα, μόνον εφόσον δεν περιορίζονται οι πωλήσεις των πελατών του, δηλαδή εφόσον ο περιορισμός αυτός δεν επιδρά στις επόμενες βαθμίδες εμπορίας των προϊόντων. Όμως, στην εξεταζόμενη περίπτωση οι πωλήσεις των πελατών των αποκλειστικών διανομέων της GAMBRO και δη της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σαφώς περιορίζονται (αν όχι εξαφανίζονται), καθώς ελέγχονται, δυνάμει του όρου 2.4., οι εξαγωγικές πωλήσεις των πελατών του διανομέα. Για το λόγο τούτο θα πρέπει να θεωρηθεί απαγορευμένος ως αντι-ανταγωνιστικός και ο συγκεκριμένος περιορισμός.

424. Από τη συνολική επισκόπηση όλων των ρητρών που αναλύθηκαν ανωτέρω και περιλαμβάνονται σε συμβάσεις διανομής του δικτύου της GAMBRO καθίσταται σαφές ότι η καταγγελλόμενη GAMBRO εφήρμοζε επί πολλά έτη μηχανισμό αποτροπής του παράλληλου εμπορίου τουλάχιστον στην Ελλάδα, όπου και δραστηριοποιείτο μέχρι την εξαγορά της από τη BAXTER. Ειδικότερα, στην ελληνική επικράτεια, όπου τα προϊόντα της διανέμονταν κατά το επίμαχο διάστημα 2003-2015 μέσω του εξουσιοδοτημένου διανομέα ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ η ισχύουσα τότε σύμβαση περιλάμβανε περιοριστικούς του παράλληλου εμπορίου όρους. Εντοπίστηκαν δε χώρες όπου οι διανομείς προσχώρησαν σταδιακά μετά το 2010 στη Σύμβαση Πρότυπο, οι όροι της οποίας σε συνάρτηση με τους επίμαχους όρους περί απαγόρευσης παράλληλου εμπορίου που εντοπίστηκαν στη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ επηρέασαν αρνητικά το παράλληλο εμπόριο τουλάχιστον στην Ελλάδα. Υπενθυμίζεται η κατάθεση του [...] ενώπιον της ΕΑ, ανεξάρτητου επισκευαστή μηχανημάτων αιμοκάθαρσης τύπου GAMBRO, ο οποίος δραστηριοποιείται και σε δημόσιους διαγωνισμούς και ο οποίος στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, ερωτηθείς σχετικά, απήντησε ότι υπάρχει «τεράστια δυσκολία στις παράλληλες εισαγωγές»⁶¹³, ενώ ταυτόχρονα απέφυγε να αναφέρει που

⁶¹¹ Βλ. «Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς», Ε.Ε. 2010, C 130/01, σημ. 50.

⁶¹² Βλ. ενδεικτικά ΠΕΚ Τ-62/98, *Volkswagen κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 51, 59-60 και απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, COMP/37.975 *PO/Yamaha*, σκ. 102-104.

⁶¹³ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 13: «Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: [...], επειδή στην ερώτηση της κα Αντιπροέδρου αναφερθήκατε στο αν χρειάζεστε ανταλλακτικά και πώς τα βρίσκετε, είπατε ότι υπάρχει στοκ και κάνετε μία αναφορά και σε παράλληλες εισαγωγές.

[...]: Μάλιστα.

Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Θα ήθελα να μας πείτε περισσότερα πράγματα για τις παράλληλες εισαγωγές. Δηλαδή, πόσο συχνά συμβαίνει αυτό, σε ποιο βαθμό γίνεται.

βρίσκει ανταλλακτικά η ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, για τους ίδιους λόγους προφανώς που απέφυγε αντίστοιχη αναφορά⁶¹⁴ και η [...], η οποία αν και κλήθηκε από την ΕΑ να καταθέσει ως μάρτυρας, τελικά δεν προσήλθε. Σημειωτέον ότι η [...] δεν δραστηριοποιείται σε δημόσιους διαγωνισμούς, παρά μόνο σε ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές.

Η δέσμευση της GAMBRO ότι θα ενεργούσε κατάλληλα ώστε οι εκάστοτε διανομείς να προστατεύονται από παράλληλες εισαγωγές θα πρέπει να αναγνωσθεί υπό το πρίσμα ότι ο περιορισμός των παράλληλων εξαγωγών θα ήταν λογικός και αποτελεσματικός μόνο αν ο διανομέας γνώριζε ή τουλάχιστον προσδοκούσε ότι και οι άλλοι διανομείς θα ενεργούσαν παρομοίως και θα προστάτευαν από παράλληλες εισαγωγές την περιοχή του. Υπό το πρίσμα αυτό και ο εν λόγω όρος είναι ισοδύναμου αποτελέσματος με την απαγόρευση εξαγωγών. Έτσι αναπόδραστα, ως μέρος ενός γενικότερου σχεδίου /μηχανισμού ανίχνευσης, εντοπίζεται όχι τυχαία στη σύμβαση με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ η δέσμευση του διανομέα να ενημερώνει «άμεσα», όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά, την GAMBRO για ενδεχόμενες παράλληλες εξαγωγές πελατών του, επαληθεύοντας εν τοις πράγμασι το εκπονηθέν και τεθέν σε εφαρμογή σχέδιο, καθώς και τον κυρίαρχο ρόλο της GAMBRO στην επινόηση και την εκτέλεσή του, από το οποίο ωστόσο επωφελήθηκε και η έτερη συμβαλλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αφού ο πραγματικός και δυνητικός ενδοσηματικός ανταγωνισμός που θα μπορούσε υπό άλλες συνθήκες να υποχρεωθεί να αντιμετωπίσει στην ελληνική επικράτεια ιδίως στο πλαίσιο διαγωνισμών των δημοσίων νοσοκομείων, εξουδετερώθηκε, ήτοι περιορίστηκε με τον τρόπο αυτό στο ελάχιστο, αν δεν εξαλείφθηκε πλήρως.

425. Όπως προαναφέρθηκε, στην περίπτωση τέτοιων περιορισμών δεν απαιτείται να αποδειχθούν πραγματικές συνέπειες περιορισμού του ανταγωνισμού (effect), εφόσον προκύπτει ότι σκοπός της εξεταζόμενης συμφωνίας είναι ο περιορισμός του ανταγωνισμού και η στεγανοποίηση των αγορών. Εντούτοις, το γεγονός ότι ο όρος αυτός επί πολλά χρόνια (από το 2003 μέχρι και το 2015, ήτοι πάνω από δέκα χρόνια) εφαρμόστηκε στην Ελλάδα, σε συνάρτηση και με περιοριστικούς όρους σε άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης (κάποιες εκ των οποίων είναι και γειτονικές της Ελλάδας), καταλαμβάνοντας μάλιστα όχι μόνο αποκλειστικούς διανομείς, αλλά και απλούς, καταδεικνύει ότι όχι απλά ήταν απολύτως στοχευμένος ο εν λόγω όρος της σύμβασης GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ αποβλέποντας στην κατανομή γεωγραφικών αγορών κατά τρόπο απόλυτο, αλλά και ότι επέφερε τελικά αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα, στο μέτρο και το βαθμό που παρεμπόδισε ή ακόμη και κατέστησε ιδιαίτερα δυσχερή στο πλαίσιο συμμετοχής σε δημόσιους διαγωνισμούς την εύρεση από τη ΣΕΡΚΟ (και τη ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ)⁶¹⁵ και άλλων, εναλλακτικών

[...]: Όχι πάρα πολύ συχνά. Όταν χρειάζεται προσπαθώ και εγώ να βρω από κάποιες αγορές κάποια υλικά.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Όταν χρειάζεται τι εννοείτε;

[...]: Τα οποία όμως δεν είναι από την εταιρία BAXTER και δεν είναι από την εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Από πού είναι;

[...]: Δεν μπορώ να σας πω.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Εντάξει.

[...]: Το οποίο είναι ένα, ότι αυτή τη στιγμή είμαστε σε μία αντιδικία έτσι και αλλιώς και με την εταιρία BAXTER και δεν θα 'θελα να αναφερθώ, αν δεν σας ενοχλεί.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Δυσκολία στις παράλληλες εισαγωγές υπάρχει;

[...]: Τεράστια. Υπάρχει.».

⁶¹⁴ Βλ. ανωτέρω, στην ίδια παράγραφο.

⁶¹⁵ Όπως έχει ήδη αναφερθεί ανεξάρτητοι επισκευαστές εντοπίζονται και στα ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές, η ύπαρξη των οποίων όμως σε αυτή την περίπτωση δεν φαίνεται να ενοχλεί τις

πηγών προμήθειας των προϊόντων GAMBRO (μηχανημάτων και ανταλλακτικών) πέραν των συμβατικά και περιοριστικά οριζομένων πηγών από την ίδια τη GAMBRO.

426. Περαιτέρω, με βάση τις ανωτέρω επισημάνσεις θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι περιορίζουσες τον ανταγωνισμό ρήτρες στη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ εφαρμόστηκαν αυστηρά, ασχέτως αν αυτό είναι αδιάφορο σε ό,τι αφορά στο ζήτημα της απόδειξης ή μη της παράβασης⁶¹⁶, καθόσον η σύμπτωση των βουλήσεων προμηθευτή και διανομέα προκύπτει στην προκειμένη περίπτωση από την υπογραφή της σύμβασης διανομής, χωρίς να είναι απαραίτητο να έχει εφαρμοστεί ή να έχει παραγάγει αποτελέσματα⁶¹⁷. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η επίμαχη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με τους εντοπισθέντες περιορισμούς ιδιαίτερης σοβαρότητας, η συνδυαστική εφαρμογή των οποίων με τις συμβάσεις εκείνες σε άλλα κράτη όπου εμπεριέχεται ο όρος «*DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub-distributor to not sell, Products outside the assigned Territory*» (μτφρ «*Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι Θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας περιοχής*»), στο μέτρο και το βαθμό που αυτός δεν διακρίνει σε ενεργητικές ή παθητικές πωλήσεις, προφανώς επιτείνει το αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα και δεν

GAMBRO και BAXTER. Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 62-63 («Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο [...] τι κάνει; Επακριβώς πείτε μου τη δραστηριότητά του.

[...]: Αυτόνομα κάνει συντήρηση σ' αυτές τις ιδιωτικές κλινικές που σας είπα.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ιδιωτικές κλινικές που;

[...]: [...]...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] σας ρώτησα.

[...]: [...], ένα λεπτάκι. Είναι [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...], ιδιωτικές κλινική.

[...]: Ναι, είναι ιδιωτικές κλινικές.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] τι κάνει;

[...]: Και αυτός κάνει συντηρήσεις.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Πού;

[...]: Στη Μονάδα Χρόνιας Αιμοκάθαρσης [...] και στη Μονάδα [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Η MEDI-VALPAN τι κάνει;

[...]: Κάνει συντηρήσεις σε ιδιωτικές κλινικές στη Θεσσαλονίκη και απ' όσο γνωρίζω κάνει...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ποιες;

[...]: Δεν γνωρίζω επακριβώς. Και απ' όσο...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Δηλαδή γνωρίζετε ότι κάνει σε ιδιωτικές κλινικές, αλλά δεν ξέρετε σε ποιες;

[...]: Να απαντήσω; Μπορώ;

ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Όχι, με ικανοποιεί, για να 'μια ειλικρινής, αλλά...

[...]: Στη Μονάδα [...] και η MEDI-VALPAN.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Δεν έχω άλλη ερώτηση.»).

Βλ. επίσης κατάθεση του ίδιου μάρτυρα, σύμφωνα με τον οποίο (σελ. 64) «[...]: Βρεθήκαμε και με της ARITI τους συντηρητές και με της MEDIPRIME. Εκεί υπάλληλος της MEDIPRIME, ο κ. [...], μας είπε ότι η εταιρία MEDI-VALPAN κάνει επισκευές σε [...] σε ιδιωτικές κλινικές που έχουνε [...] μηχανήματα. Ο ίδιος κύριος μας είπε ότι έχει ζητήσει η MEDI-VALPAN του [...] εκπαίδευση από το εργοστάσιο της [...] και δέχτηκε το εργοστάσιο της [...]. Δηλαδή αυτή είναι η πηγή που γνωρίζω εγώ.». Από το συγκεκριμένο κομμάτι της κατάθεσης του εν λόγω μάρτυρα, το οποίο δεν αμφισβητήθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, συνάγεται η ύπαρξη ανεξάρτητου επισκευαστή (MEDI-VALPAN) σε ιδιωτικές κλινικές για περισσότερα του ενός σήματα (GAMBRO/ [...]), ο οποίος στη συνέχεια χαρακτηρίζεται και dealer της BAXTER (έμπορος δηλ. μηχανημάτων) από το νόμιμο εκπρόσωπο της καταγγέλλουσας [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 87].

⁶¹⁶ Βλ. ενδεικτικά ΠΕΚ Τ-62/98, Volkswagen κατά Επιτροπής, ο.π., σκ. 111-117, απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 2002/190/EK JCB, σκ. 177, 181, 186 & 189, καθώς και νομολογία στην οποία παραπέμπουν.

⁶¹⁷ Βλ. ενδεικτικά απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 2003/675/EK, Video Games Nintendo Distribution, σκ. 265, 278, 300-301, 320, 331-332, καθώς και απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, COMP/37.975 PO/Yamaha, σκ. 89, 92-95.

αφήνει την παραμικρή αμφιβολία, ότι οι επίμαχοι όροι της σύμβασης GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ εφαρμόστηκαν στην Ελλάδα.

427. Τέλος, είναι προφανές ότι, ενόψει των προαναφερομένων σοβαρών περιορισμών του ανταγωνισμού που περιλαμβάνει η ανωτέρω κάθετη συμφωνία μεταξύ GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, εκπίπτει στο σύνολό της του ευεργετήματος της ομαδικής απαλλαγής που καθιερύεται με τον Κανονισμό 330/2010, και τούτο ανεξαρτήτως μεριδίου αγοράς που κατέχει στην σχετική αγορά η καταγγελλόμενη GAMBRO, ως προμηθεύτρια και ο ελεγχόμενος διανομέας της, η καταγγελλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, καθώς και του ευεργετικού πεδίου εφαρμογής των Ανακοινώσεων περί των συμφωνιών ήσσονος σημασίας (de minimis), εθνικής και ενωσιακής.

Επικουρικά - απαγορευμένοι γεωγραφικοί περιορισμοί – παρεμπόδιση παράλληλου εμπορίου στο δίκτυο διανομής της Gambro

Γενικά

428. Όπως επικουρικά, σημειώνονται και τα εξής: για λόγους πληρότητας εξετάζεται, υπό το πρίσμα της επιλεκτικής διανομής, αφενός η φύση του δικτύου διανομής ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού Gambro και παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησής τους και αφετέρου οι όροι που περιέχονταν στις σχετικές συμβάσεις μεταξύ των καταγγελλομένων και των αντισυμβαλλομένων τους. Και τούτο διότι από την έρευνα της Υπηρεσίας προέκυψε σειρά στοιχείων, τα οποία συνηγορούν υπέρ της ύπαρξης χαρακτηριστικών επιλεκτικότητας του εξεταζόμενου δικτύου διανομής, γεγονός το οποίο εξάλλου και τα ίδια τα μέρη, άμεσα ή έμμεσα το αναφέρουν. Σε κάθε περίπτωση, διευκρινίζεται ότι ο χαρακτηρισμός του υπό εξέταση δικτύου ως επιλεκτικής ή αποκλειστικής διανομής δεν είναι καθοριστικής σημασίας ειδικά για τη διαπίστωση ή μη της παράβασης της παρεμπόδισης του παράλληλου εμπορίου υπό τις περιστάσεις της παρούσας υπόθεσης, όπως εκτίθεται αναλυτικότερα κατωτέρω.
429. Πριν από την παράθεση των στοιχείων που προσδίδουν στο εξεταζόμενο δίκτυο διανομής και στοιχεία επιλεκτικής διανομής, προηγείται θεωρητική προσέγγιση των συστημάτων επιλεκτικής διανομής, ώστε στη συνέχεια να καταστεί δυνατή η υπαγωγή τους στην υπό κρίση υπόθεση.

Φυσιογνωμία και περιορισμοί στο πλαίσιο συστήματος επιλεκτικής διανομής-πλάισιο ανάλυσης

430. Σύμφωνα με τον Κανονισμό Ομαδικής Απαλλαγής, ως «σύστημα επιλεκτικής διανομής» ορίζεται εκείνο «στο οποίο ο προμηθευτής αναλαμβάνει να πωλεί τα αναφερόμενα στη σύμβαση αγαθά ή υπηρεσίες, άμεσα ή έμμεσα, μόνο σε επιλεγμένους διανομείς με βάση ορισμένα κριτήρια και εφόσον οι διανομείς αυτοί αναλαμβάνουν την υποχρέωση να μην πωλούν τα εν λόγω αγαθά ή υπηρεσίες σε μη εξουσιοδοτημένους διανομείς στη συγκεκριμένη περιοχή εντός της οποίας ο προμηθευτής εφαρμόζει το σύστημα αυτό»⁶¹⁸.
431. Οι συμφωνίες επιλεκτικής διανομής, περιορίζουν, αφενός, τον αριθμό των εξουσιοδοτημένων διανομέων στη βάση ποιοτικών κατά κύριο λόγο κριτηρίων επιλογής, τα οποία προσδιορίζονται κατά κύριο λόγο από τη φύση των προϊόντων και είναι, κατά την αντίληψη του προμηθευτή, απαραίτητα για την αποτελεσματική διάθεση των προϊόντων του (ή υπηρεσιών) και, αφετέρου, τις δυνατότητες μεταπώλησης, καθώς προμηθευτής και διανομείς συμφωνούν και δεσμεύονται να μην

⁶¹⁸ Βλ. Κανονισμό 330/2010, άρθρο 1 «Ορισμοί», παρ. 1, υπό ε).

τα διαθέτουν σε τρίτους που δεν πληρούν τα κριτήρια αυτά και δεν είναι μέλη του δικτύου⁶¹⁹.

432. Σύμφωνα με πάγια νομολογία, η οποία αποτυπώνεται και στις Κατευθυντήριες Γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ένα σύστημα καθαρά ποιοτικής επιλεκτικής διανομής, θεωρείται ότι κατά κανόνα δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων περί απαγορευμένων συμπράξεων, καθώς γίνεται δεκτό ότι δεν έχει αντι-ανταγωνιστικές επιπτώσεις, εφόσον πληρούνται τρεις προϋποθέσεις: α) Τα χαρακτηριστικά του προϊόντος καθιστούν αναγκαίο ένα σύστημα επιλεκτικής επισκευής για τη διατήρηση της ποιότητάς του και την εξασφάλιση της ορθής χρήσης του, β) τα κριτήρια επιλογής των διανομέων είναι αντικειμενικά, ποιοτικής φύσεως, εφαρμόζονται χωρίς διακρίσεις και γ) δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο⁶²⁰.
433. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η οργάνωση δικτύου επιλεκτικής διανομής είναι ιδιαίτερα δικαιολογημένη στον τομέα των διαρκών καταναλωτικών αγαθών υψηλής ποιότητας και σύνθετης τεχνολογίας, τομέα στον οποίο ένας σχετικά περιορισμένος αριθμός μεγάλων και μεσαίων κατασκευαστών προσφέρει ένα ευρύ φάσμα συσκευών, οι οποίες είναι ευχερώς εναλλάξιμες και ότι για τα προϊόντα αυτά ενδέχεται η εξυπηρέτηση των πελατών κατά την πώληση και μετά την πώληση να πρέπει να είναι ειδικά προσαρμοσμένη στα χαρακτηριστικά τους και να έχει άμεση σχέση με τη διανομή τους⁶²¹.
434. Ένα δίκτυο διανομής μπορεί να είναι επιλεκτικό, ακόμη κι αν δεν αναφέρεται ως τέτοιο στις συμφωνίες διανομής ή ακόμη κι αν δεν υφίστανται γραπτές συμφωνίες στις οποίες παρατίθενται συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής. Η επιλεκτική φυσιογνωμία του δικτύου διακρίνεται από τον τρόπο με τον οποίο ο προμηθευτής ενεργεί στην πράξη όταν επιλέγει και διορίζει τους διανομείς του, καθώς και από το αν υφίσταται πράγματι συναντίληψη μεταξύ προμηθευτή και διανομέων ότι εφαρμόζονται για την επιλογή των μελών του δικτύου (ποιοτικά ή αριθμητικά) κριτήρια επιλογής: εφόσον ο προμηθευτής εφαρμόζει πράγματι κριτήρια επιλογής, τα οποία περιορίζουν τον αριθμό των μελών του δικτύου και τις δυνατότητες μεταπώλησης και αυτό το γνωρίζουν οι διανομείς του δικτύου, ακόμη κι αν δεν γνωρίζουν όλες τις λεπτομέρειες που αφορούν στην εφαρμογή των κριτηρίων αυτών από τον προμηθευτή, το δίκτυο μπορεί να θεωρηθεί επιλεκτικής διανομής και να εμπίπτει με το χαρακτήρα αυτό στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού περί συμπράξεων⁶²².
435. Σε σχέση με τους περιορισμούς στο πλαίσιο συστήματος που φέρει χαρακτηριστικά δικτύου επιλεκτικής διανομής, επισημαίνεται ότι δεν επιτρέπεται και

⁶¹⁹ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 174 επ. Βλ. επίσης John Temple Lang, *Selective distribution*, 8 Fordham International Law Journal, (1984), σελ. 323 επ., Giorgio Monti, *Restraints on Selective Distribution Agreements*, 36 World Competition (2013), σελ. 490 επ. Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, 7th ed., Oxford, παρ. 7.093 επ., R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 7th ed. Oxford, σελ. 641 επ., Frank Wijckmans Filip Tuytsschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford, ed. 2011, παρ. 6.45.

⁶²⁰ Βλ. ΔΕΚ C-26/76, *Metro κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1977, σελ. I-567, σκ. 20-21, ΠΕΚ T-19/92, *Leclerc κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1996, σελ. II-1851, σκ. 112, ΔΕΕ C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, Συλλ. I-2011, σελ. I-9419, σκ. 41, ΓενΔΕΕ T-712/14, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ECLI: EU: T: 2017: 748, σκ. 53, Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 175 και επιπλέον νομολογία στην οποία παραπέμπουν.

⁶²¹ Βλ. ΔΕΚ C-75/84, *Metro κατά Επιτροπής (METRO II)*, Συλλ. 1986, σελ. I-3012, σκ. 54, ΓενΔΕΕ T-712/14, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ECLI: EU: T: 2017: 748, σκ. 49.

⁶²² Βλ. σχετικά, John Temple Lang, *Selective distribution*, 8 Fordham International Law Journal, (1984), σελ. 330-332, Frank Wijckmans Filip Tuytsschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford, ed. 2011, παρ. 6.47 επ., Δημήτρης Τζουγανάτος, *Οι συμφωνίες αποκλειστικής και επιλεκτικής διανομής στο δίκαιο του ανταγωνισμού (ελεύθερο και αθέμιτο)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2001, σελ. 91.

θεωρείται ιδιαίτερα σοβαρός περιορισμός του ανταγωνισμού ο περιορισμός είτε των ενεργητικών είτε/και των παθητικών πωλήσεων σε τελικούς χρήστες από τα μέλη του δικτύου που δραστηριοποιούνται σε επίπεδο λιανικής⁶²³. Τούτο σημαίνει ότι ο διανομέας πρέπει να είναι ελεύθερος να πωλεί, τόσο ενεργητικά όσο και παθητικά, σε όλους τους πελάτες (τελικούς χρήστες) που βρίσκονται σε περιοχές, άλλων μελών του δικτύου, όπου εφαρμόζεται το σύστημα επιλεκτικής διανομής, επιτρέπεται ωστόσο να περιορίζονται από το να εγκατασταθούν στις περιοχές αυτές⁶²⁴. Κατά συνέπεια, η επιλεκτική διανομή επιτρέπεται μεν να συνδυάζεται με την παραχώρηση εκ μέρους του προμηθευτή αποκλειστικών γεωγραφικών ζωνών στους διανομείς του δικτύου (συνδυασμός με αποκλειστική διανομή), ωστόσο στην περίπτωση αυτή δεν επιτρέπεται να περιορίζονται οι ενεργητικές πωλήσεις των εξουσιοδοτημένων διανομέων στις παραχωρημένες σε άλλους διανομείς γεωγραφικές περιοχές⁶²⁵.

436. Επιπλέον, ο περιορισμός των αμοιβαίων προμηθειών (ο οποίος περιλαμβάνει τόσο τις ενεργητικές όσο και τις παθητικές πωλήσεις) μεταξύ εξουσιοδοτημένων διανομέων στο πλαίσιο ενός συστήματος επιλεκτικής διανομής θεωρείται ιδιαίτερα σοβαρός περιορισμός του ανταγωνισμού⁶²⁶. Αυτό σημαίνει ότι μια συμφωνία δεν μπορεί να έχει ως άμεσο ή έμμεσο αντικείμενό της την παρεμπόδιση ή τον περιορισμό των ενεργητικών ή παθητικών πωλήσεων των συμβατικών προϊόντων μεταξύ των επιλεγμένων διανομέων που δραστηριοποιούνται εντός του δικτύου. Οι επιλεγμένοι αυτοί διανομείς πρέπει να παραμένουν ελεύθεροι να προμηθεύονται τα συμβατικά προϊόντα από άλλους εξουσιοδοτημένους διανομείς του δικτύου, οι οποίοι δραστηριοποιούνται είτε στο ίδιο είτε σε διαφορετικό επίπεδο του εμπορίου. Η επιλεκτική διανομή δεν μπορεί, για το λόγο αυτό, να συνδυαστεί με κάθετους περιορισμούς που αποσκοπούν στο να εξαναγκάσουν διανομείς να προμηθεύονται τα συμβατικά προϊόντα αποκλειστικά από συγκεκριμένη πηγή, για παράδειγμα, υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας από το δικαιοπάροχο⁶²⁷.

Το εξεταζόμενο δίκτυο της GAMBRO με στοιχεία και επιλεκτικής διανομής

Η φύση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, συμπεριλαμβανομένων και των ανταλλακτικών τους, καθώς και των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησής τους- Φυσιογνωμία του Δικτύου

437. Κατ' αρχήν, κατόπιν της ανάλυσης που προηγήθηκε, ως σχετική προϊόντική αγορά στην παρούσα υπόθεση λαμβάνεται η αγορά διανομής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που προορίζονται για τη θεραπεία της νεφρικής ανεπάρκειας μέσω της αιμοδιύλισης (HD) και ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού HD, στην οποία αγορά κρίνεται στο πλαίσιο της παρούσας απόφασης ότι περιλαμβάνονται επίσης οι υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης αυτών, αποτελούντων των άνω μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησής τους από κοινού ένα ενιαίο σύστημα προϊόντων και υπηρεσιών. Το δίκτυο διανομής του εν λόγω συστήματος, παρότι ρητά έχει χαρακτηριστεί από τις καταγγελλόμενες GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ως αποκλειστικής διανομής⁶²⁸, ωστόσο συγκεντρώνει χαρακτηριστικά υψηλής τεχνολογίας και προορίζεται προς χρήση στον ευαίσθητο τομέα της υγείας, απαιτείται δε τόσο ως προς την κατασκευή του προϊόντος

⁶²³ Βλ. Κανονισμό 330/2010, άρθρο 4, υπό γ).

⁶²⁴ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ.56.

⁶²⁵ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 152.

⁶²⁶ Βλ. Κανονισμό 330/2010, άρθρο 4, υπό δ).

⁶²⁷ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 58. Βλ., επίσης, για τα ζητήματα των ιδιαίτερως σοβαρών περιορισμών στο πλαίσιο συστημάτων επιλεκτικής διανομής τις αποφάσεις ΕΑ 580/VI/2013, παρ. 132 και 495/VI/2010, παρ. 129.

⁶²⁸ Βλ. την από 07-10/10/2003 Συμφωνία Διανομής (Distributorship Agreement) μεταξύ των δύο καταγγελλόμενων μερών.

και των ανταλλακτικών, όσο και σε σχέση με την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησής του, τεχνογνωσία και επιστημονική εξειδίκευση, ώστε εν τέλει η διανομή του Συστήματος δικαιολογημένα ενισχύεται με στοιχεία επιλεκτικότητας με γνώμονα την υψηλή ποιότητα. Αυτό άλλωστε φαίνεται να αναγνωρίζει και η ίδια η καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ⁶²⁹. Προφανώς αυτό δεν σημαίνει ότι ένα σύστημα επιλεκτικής διανομής, ακόμη και αν θεωρητικά ήθελε υποτεθεί ότι υφίσταται τέτοιο στην εξεταζόμενη περίπτωση, δεν συνάδει με την ύπαρξη ανεξάρτητων επισκευαστών, ούτε βέβαια σε θεωρία και νομολογία εντοπίζεται οποιαδήποτε τέτοια προσέγγιση. Η ανάγκη για την ύπαρξη ποιοτικών κριτηρίων στη διανομή του υπό εξέταση ενιαίου συστήματος προϊόντων και υπηρεσιών, εμμέσως τουλάχιστον, αναγνωρίζεται ρυθμιστικά από την ΚΥΑ υπ' αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ 130648. Επίσης,, έμμεσα την ύπαρξη στο υπό εξέταση δίκτυο, και χαρακτηριστικών μιας μορφής επιλεκτικής διανομής, διέγνωσε και το Εφετείο Αθηνών⁶³⁰, το οποίο επί λέξει έκρινε τα εξής: «...Είναι αληθές ότι στην περίπτωση των ιατροτεχνολογικών προϊόντων [...] εμπίπτουν τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού, καθόσον πρόκειται περί υλικών που χρησιμοποιούνται μόνο ή σε συνδυασμό και προορίζονται να χρησιμοποιούνται στον άνθρωπο για τον σκοπό της αντικατάστασης ή της τροποποίησης της φυσιολογικής λειτουργίας των νεφρών, η λειτουργία των οποίων υποβοηθείται από αυτά. Επίσης κατά τα ανωτέρω τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού είναι υψηλής τεχνολογίας και χρήζουν ειδικού χειρισμού, ειδικής συντήρησης και επειδή σχετίζονται με το ύψιστο αγαθό της θεραπείας των νεφροπαθών-ασθενών απαιτούν στενή εποπτεία και παρακολούθηση της λειτουργίας τους από την παραγωγό εταιρεία, με συνέπεια η πώληση ενός τέτοιου μηχανήματος από την παραγωγό ή την αποκλειστική διανομέα αυτού στην Ελλάδα να γεννά ταυτόχρονα και την υποχρέωση της δια βίου συντήρησης αυτών με γνήσια ανταλλακτικά της παραγωγό εταιρείας, έτσι ώστε η πώληση ανταλλακτικών και η υπηρεσία συντήρησης αυτών να συνδέονται αναπόσπαστα με την πώληση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και να αποτελούν ενιαίο με αυτή σύνολο...». Έτσι παρότι το Εφετείο Αθηνών στο πλαίσιο της δικαιοδοτικής του κρίσης θεώρησε ως αποδεδειγμένο ότι η συμβατική σχέση που συνέδεε την καταγγέλλουσα με την GAMBRO ήταν αυτή της αποκλειστικής διανομής στην Ελλάδα ανταλλακτικών μηχανημάτων τεχνητού νεφρού με σήμα «GAMBRO» και της εξουσιοδοτημένης

⁶²⁹ Βλ. ενδεικτικά σελ. 15 της υπ' αρ. 4968/2011 καταγγελίας. Ειδικότερα ως προς την καταγγέλλουσα παρατηρείται ότι ήδη με την υπό κρίση καταγγελία της παραπονείται για τη μη χορήγηση σε αυτήν βεβαίωσης ότι είναι εξουσιοδοτημένος-πιστοποιημένος πάροχος υπηρεσιών επισκευής, απόφαση την οποία η καταγγέλλουσα υποστηρίζει ότι οι καταγγελλόμενες λαμβάνουν χωρίς να τηρούν «κριτήρια σαφή, αντικειμενικά και εκ των προτέρων γνωστά, κατά παράβαση των αρχών και κανόνων που διέπουν τη νομιμότητα των συμφωνιών επιλεκτικής διανομής και που κατ' αναλογία πρέπει να εφαρμόζονται και στην κρινόμενη υπόθεση για τον ορισμό των εξουσιοδοτημένων παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής της πρώτης (σε εννοεί την GAMBRO)». Στη συνέχεια η ΣΕΡΚΟ καταγγέλλει ότι λαμβάνει χώρα αποκλεισμός της από τη σχετική αγορά της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, «ο οποίος είναι αυθαίρετος και αντιβαίνει στα ανωτέρω διαφανή, αντικειμενικά και ποιοτικά που πρέπει να διέπουν την οργάνωση και λειτουργία ενός συστήματος επιλεκτικής διανομής εξουσιοδοτημένων παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής. Αποκλειόμαστε στην πραγματικότητα από την σχετική αγορά, ενώ είμαστε απολύτως συνεπείς στις υποχρεώσεις μας και παρείχαμε πάντα υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης με υψηλές προδιαγραφές και σύμφωνα πάντα με τις οδηγίες και την τεχνογνωσία της πρώτης των καταγγελλομένων, που επί σειρά ετών μας χορηγούσε τις σχετικές βεβαιώσεις εξουσιοδοτημένου συντηρητή και επισκευαστή μηχανημάτων τεχνητού νεφρού». Από τα ανωτέρω παρατεθέντα αποσπάσματα της υπό κρίση καταγγελίας, προκύπτει συνεπώς με σαφήνεια ότι η καταγγέλλουσα αναγνωρίζει την ύπαρξη στοιχείων επιλεκτικότητας στη διανομή του υπό εξέταση συστήματος, υποστηρίζοντας ότι πρέπει στο υπό κρίση δίκτυο να εφαρμοστούν κατ' αναλογία οι κανόνες που διέπουν τα συστήματα επιλεκτικής διανομής και να μην αποκλείεται από αυτό δεδομένης της, επί σειρά ετών, συνεπούς προς τις οδηγίες και την τεχνογνωσία της GAMBRO, παροχής υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης, υψηλών προδιαγραφών.

⁶³⁰ Βλ. σχετ. την υπ' αρ. 2041/2017 απόφαση του Εφετείου Αθηνών (σελ. 29-30 στο ακαθάρτο σχέδιο αυτής).

μέχρι το έτος 2010 παρόχου συντήρησης των μηχανημάτων αυτών εκτός του διεισδυτικού χρόνου εγγύησης αυτών⁶³¹, ωστόσο στη συνέχεια παρέθεσε το προαναφερθέν σκεπτικό με το οποίο εμμέσως αναγνωρίζει την ύπαρξη στοιχείων και χαρακτηριστικών, τα οποία φαίνονται να συνάδουν και με τη λειτουργία ενός συστήματος επιλεκτικής διανομής, αν και δεν αναφέρεται ρητά σε επιλεκτική διανομή.

Υπό το πρίσμα της βάσης που αναφέρεται ανωτέρω, για τη διανομή του εν λόγω συστήματος, ιδίως εξαιτίας της φύσης του, εκ των πραγμάτων η παραγωγός εταιρία πρέπει να είναι σε θέση να διατηρεί το δικαίωμα να το διανέμει και να το υποστηρίζει τεχνικά μέσω εξειδικευμένου δικτύου διανομών και παρόχων υπηρεσιών συντήρησης, χωρίς όμως αυτό να σημαίνει ανυπαρξία ή εξαφάνιση ανεξάρτητων επισκευαστών. Δεδομένου, εξάλλου, του γεγονότος ότι, κατά την κρίση της ΕΑ, με βάση την ανάλυση που έγινε ανωτέρω, η αγορά θεωρείται ενιαία για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού, τα ανταλλακτικά τους και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής τους, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, η δυνατότητα ποιοτικής επιλογής των δραστηριοποιούμενων στο δίκτυο διανομής και επισκευής – συντήρησης, το οποίο έχει οργανώσει η καταγγελλόμενη GAMBRO πρέπει να καταλαμβάνει κατά τον ίδιο τρόπο, τόσο τη διανομή μηχανημάτων και ανταλλακτικών, όσο και την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης. Αυτό όμως στην πράξη δεν σημαίνει ότι όλοι οι πιστοποιημένοι επισκευαστές θα πρέπει να είναι και εξουσιοδοτημένοι. Η θέση του μάρτυρα (της BAXTER) [...] ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα ήταν σαφής και κατηγορηματική⁶³² («[...] (ομιλία στα Ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε, ένα σημείο το οποίο πραγματικά είναι θεμελιώδους σημασίας για μας είναι το εξής. Ένας συντηρητής ο οποίος δεν είναι στέλεχος, δεν ανήκει στο προσωπικό της εταιρίας, για να μπορέσει να κάνει εργασίες συντήρησης θα πρέπει να πληροί τρεις προδιαγραφές. Πρώτον, πρέπει να είναι πιστοποιημένος τεχνικός συντηρητής. Δεύτερον, να χρησιμοποιεί αυθεντικά ανταλλακτικά του συγκεκριμένου μηχανήματος. Και τρίτον και σπουδαιότερο, να είναι διατεθειμένος να υποστεί ελέγχους από πλευράς της εταιρίας ότι κατά τη διάρκεια των εργασιών του ακολουθεί συγκεκριμένες προδιαγραφές.

Άρα ανεξαρτήτως από το έτος ηλικίας του συγκεκριμένου μηχανήματος, ο συντηρητής πρέπει να έχει περάσει κατάρτιση τεχνική στα εργαστήρια της εταιρίας, να χρησιμοποιεί συγκεκριμένα μέσα και προδιαγραφές και να είναι πάντοτε διατεθειμένος να υποστεί ελέγχους από πλευράς εταιρίας, να δει η εταιρία εάν συμμορφούται προς τις τρεις συγκεκριμένες προδιαγραφές.»⁶³³).

Σε επόμενο σημείο της κατάθεσής του με ακόμη μεγαλύτερη σαφήνεια ο εν λόγω μάρτυρας ξεκαθαρίζει ότι για την πιστοποίηση δεν απαιτείται σύμβαση («Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Κ. μάρτυς, χρησιμοποιείτε μια ορολογία περί πιστοποιημένου, ότι κάποιος συντηρητής πρέπει να 'ναι πιστοποιημένος για να παρέχει συντήρηση στα

⁶³¹ Βλ. σχετ. την υπ' αρ. 2041/2017 απόφαση του Εφετείου Αθηνών (σελ. 29 στο ακαθαρόγραφο σχέδιο αυτής).

⁶³² Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 80.

⁶³³ Βλ. επίσης ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 81: «[...] Επίσης, πάντοτε αναφέρομαι στην Ιταλία, οι συγκεκριμένες εταιρίες, επειδή οι σχέσεις που έχουν με τα νοσοκομεία είναι το νοσοκομείο προκηρύσσει διαγωνισμούς, οι εταιρίες κερδίζουν τους διαγωνισμούς αυτούς, στην περίπτωση αυτή όμως υπάρχει μια εξαίρεση. Η συγκεκριμένη εταιρία θα προχωρήσει σε μία συμβασιοποίηση με μας, υπεργολαβία εν τινά τρόπω, ώστε θα μας αναθέσει τη συντήρηση των τεχνητών νεφρών.

Α. ΔΡΙΤΣΑ: Δεν μπορεί και εκείνη να προχωρήσει να κάνει τη συντήρηση μόνη της;

[...]: (ομιλία στα Ιταλικά)

[...]: Κοιτάζτε, εάν η συγκεκριμένη εταιρία είναι πιστοποιημένη από μας, εάν χρησιμοποιεί τα αυθεντικά ανταλλακτικά του μηχανήματος, εν δυνάμει μπορεί να κάνει συντήρηση.». Επομένως, εδώ ο μάρτυρας υπονοεί ότι αν και ανεξάρτητη εταιρία, μπορεί ωστόσο να είναι πιστοποιημένη.

μηχανήματα GAMBRO. Η έννοια του πιστοποιημένου που χρησιμοποιείτε έχει την έννοια ότι πρέπει να 'χει συμβατική σχέση μαζί του ή μπορεί και να μην έχει σύμβαση μαζί του;

[...]: (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Θα μπορούσε να υπάρξει πιστοποίηση, όπως αναφέρατε, χωρίς την ύπαρξη σύμβασης.»⁶³⁴⁶³⁵.

Η προπαρατεθείσα κρίση περί της ύπαρξης, εγγενώς, στο υπό εξέταση σύστημα και στοιχείων επιλεκτικότητας, δεν αμφισβητήθηκε κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας. Σε κάθε περίπτωση, εκτιμάται ότι πρόκειται κατά βάση για σύμβαση αποκλειστικής διανομής με ορισμένα στοιχεία επιλεκτικότητας.

Αδυναμία χορήγησης ατομικής απαλλαγής

438. Στην υπό κρίση υπόθεση δεν νοείται ατομική εξαίρεση βάσει των άρθρων 1 παρ. 3 ν. 3959/2011 και 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, για τους ακόλουθους ιδίως λόγους:
439. Η εφαρμογή της ατομικής εξαίρεσης, τόσο του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ όσο και του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 3959/2011, υπόκειται σε τέσσερις (σωρευτικές) προϋποθέσεις, δύο θετικές και δύο αρνητικές: (α) η συμφωνία πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής - οικονομικής προόδου, (β) πρέπει να εξασφαλίζει δίκαιο τμήμα στους καταναλωτές από το όφελος που προκύπτει, (γ) οι περιορισμοί πρέπει να είναι απαραίτητοι για την επίτευξη των στόχων αυτών, και (δ) η συμφωνία δεν πρέπει να παρέχει στα μέρη τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού. Οι τέσσερις ως άνω προϋποθέσεις είναι σωρευτικές, δηλαδή, πρέπει να πληρούνται όλες για να έχει εφαρμογή η ατομική απαλλαγή βάσει των άρθρων 1 παρ. 3 του ν.703/77 και 101 παρ. 3 της ΣΛΕΕ⁶³⁶.
440. Επισημαίνεται ότι, εφόσον διαπιστωθεί ο αντι-ανταγωνιστικός χαρακτήρας της συμφωνίας υπό την έννοια των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, οι συμβαλλόμενες επιχειρήσεις φέρουν το βάρος απόδειξης, κατά τρόπο ειδικό και συγκεκριμένο, ότι η επίδικη περίπτωση ικανοποιεί κάποια από τις εξαιρετικές προϋποθέσεις ατομικής απαλλαγής της παρ. 3 των ίδιων άρθρων⁶³⁷. Κατά τη σχετική αξιολόγηση, λαμβάνονται υπόψη μόνο τα αντικειμενικά πλεονεκτήματα, πράγμα που σημαίνει ότι η τυχόν επικαλούμενη βελτίωση της αποτελεσματικότητας δεν εκτιμάται με βάση την υποκειμενική άποψη των μερών.
441. Πρέπει να σημειωθεί ότι δεν αποκλείονται μεν *a priori* ορισμένα είδη συμφωνιών από το πεδίο εφαρμογής της παρ. 3 των άρθρων 1 ν. 3959/2011 και 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, ωστόσο, κατά πάγια νομολογία και πρακτική, οι σοβαροί περιορισμοί του ανταγωνισμού – όπως ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου – δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι πληρούν τις προϋποθέσεις εξαίρεσης από τις απαγορευτικές διατάξεις των άρθρων αυτών.

⁶³⁴ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 98.

⁶³⁵ Βλ. και κατάθεση μάρτυρα [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίασης 12.03.2019, σελ. 48] («Ι. ΣΤΕΦΑΤΟΣ: Συνεπώς στο παράδειγμα που σας έθεσε πριν ο συνάδελφός μου, ο κ. Ζευγώλης, θα μπορούσε ο κ. Ζευγώλης να 'χει μόνο πιστοποίηση για την τεχνική υποστήριξη. [...]: Θα μπορούσε. Ι. ΣΤΕΦΑΤΟΣ: Εντάξει, ευχαριστώ πολύ.»).

⁶³⁶ βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 (νυν 101) παρ. 3 της Συνθήκης, ΕΕ C 101/27.4.2004, σελ 97, παρ. 42, όπου και παραπομπές σε πάγια ενωσιακή νομολογία.

⁶³⁷ Βλ. άρθρο 2 του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003. Βλ. επίσης Βλ. ΣτΕ 2007/2013, σκ. 17, ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4, καθώς και ενδεικτικά ΔΕφΑθ 559/2010, σκ. 18, ΔΕφΑθ 2891/2009, σκ. 19, και ΔΕφΑθ 1682/2009, σκ. 28, καθώς και στην πάγια ενωσιακή νομολογία που παραπέμπουν.

442. Ειδικότερα, οι συμφωνίες αυτές κατά κανόνα δεν πληρούν (τουλάχιστον) τις δύο πρώτες προϋποθέσεις της παρ. 3 των εν λόγω άρθρων. Δεν δημιουργούν, δηλαδή, αντικειμενικά οικονομικά πλεονεκτήματα, ούτε και προσπορίζουν οφέλη στους καταναλωτές. Πράγματι, στην υπό εξέταση περίπτωση δεν παρέχονται ερείσματα για να υποστηριχθεί βασίμως ότι οι επίμαχοι συμβατικοί όροι, που κατατάσσονται κατά βάση προκαλούν και επιτείνουν τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου (ιδίως εισαγωγών), παρέχουν αντικειμενικά πλεονεκτήματα που συμβάλλουν στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας. Επιπλέον, ουδόλως συνάγεται από την εξέταση των στοιχείων η συμμετοχή των καταναλωτών στο όφελος που προκύπτει από την εφαρμογή των συμφωνιών αυτών, αντιθέτως οι καταναλωτές καλούνται να επωμισθούν τα δυσμενή αποτελέσματα των ενδεχόμενων διακρίσεων ως προς τις τιμές, πολιτική η οποία αποτελεί συνήθως το κίνητρο για την εισαγωγή και εφαρμογή συμφωνιών που περιορίζουν το παράλληλο εμπόριο.
443. Εξάλλου, σύμφωνα με την τρίτη προϋπόθεση, τα οικονομικά πλεονεκτήματα των περιοριστικών συμπράξεων θα πρέπει να βρίσκονται σε αναλογική σχέση με τις περιοριστικές τους συνέπειες, οι οποίες, άλλωστε, δεν θα πρέπει να ξεπερνούν το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη των τυχόν επικαλούμενων στόχων αποτελεσματικότητας⁶³⁸. Εν προκειμένω δεν είναι δυνατή η τεκμηρίωση ότι ο εξεταζόμενος περιορισμός είναι απολύτως αναγκαίος για την πραγματοποίηση τυχόν σκοπών αποτελεσματικότητας. Αλλά ούτε και η τελευταία προϋπόθεση για την εφαρμογή της διάταξης της παρ. 3 των άρθρων 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ συντρέχει εν προκειμένω, καθόσον, όπως αναλύθηκε προηγουμένως, με την εφαρμογή των εν λόγω συμφωνιών, ουσιαστικά περιοριζόταν μία επιχείρηση είτε εντός είτε εκτός του δικτύου διανομής (όπως στην εξεταζόμενη περίπτωση) από το να εισέλθει ή να εξακολουθήσει να δραστηριοποιείται σε εθνική αγορά που αποτελούσε συμβατική περιοχή παραχωρημένη σε άλλο διανομέα (δεν έχει καμία απολύτως σημασία αν πρόκειται για πρώην εξουσιοδοτημένο διανομέα) και να δραστηριοποιηθεί παράλληλα με αυτόν, με αποτέλεσμα την κατάτμηση των αγορών και την κατάρτιση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού.
444. Στην υπό εξέταση περίπτωση για τους ως άνω λόγους, και δεδομένου ότι το αντικείμενο των υπό κρίση συμφωνιών (προεχούσης της συμφωνίας GAMBRO/ΠΡΟΪΟΝΤΑ αυτοτελώς αξιολογούμενης, αλλά και σε συνάρτηση και με τις συμβάσεις εκείνες που εντός του διαστήματος 2003-2015 συμπεριλαμβάνουν τον όρο «*DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub-distributor to not sell, Products outside the assigned Territory*» (μτφρ «*Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας περιοχής*») σε συμβάσεις σε ορισμένα άλλα κράτη μέλη)⁶³⁹ αφορά σε σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τα προεκτεθέντα - δηλαδή στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου που στεγανοποιεί τις εθνικές αγορές και οδηγεί συνακόλουθα στον κατακερματισμό της ενιαίας εσωτερικής αγοράς- δεν πληρούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις ατομικής εξαίρεσης βάσει της παραγράφου 3 των άρθρων 1 ν.3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ.

Εξέταση των λοιπών καταγγελλόμενων περιορισμών υπό το πρίσμα του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ

Επί των όρων που σύμφωνα με την καταγγελία περιορίζουν το παράλληλο εμπόριο

445. Με βάση την ανάλυση που προηγήθηκε, ο ισχυρισμός της καταγγέλλουσας ότι μεταξύ της GAMBRO και των διανομέων της υφίστανται συμφωνίες, οι οποίες

⁶³⁸ Βλ. ΠΕΚ Τ-111/08, *Mastercard κ.α. κατά Επιτροπής*, σκ.79 επ.

⁶³⁹ Οι οποίες ωστόσο, αυτοτελώς αξιολογούμενες δεν θεωρούνται ότι περιλαμβάνουν παραβατικό όρο.

περιορίζουν το παράλληλο εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών της Ένωσης, επαληθεύεται για το διάστημα 2003-2015 στη βάση των προαναφερθεισών ειδικότερων συμβατικών δεσμεύσεων και κατά το εύρος που αναλυτικώς αναπτύχθηκε παραπάνω, ως προς το αντικείμενο που αφορά η διαπιστούμενη παράβαση και τα υποκείμενα που συμμετέχουν σε αυτή.

446. Αναφορικά με τη βασιμότητα ή μη των ειδικότερων αυτών ισχυρισμών της καταγγέλλουσας και τη δυνατότητα ή μη αξιοποίησης των αποδεικτικών μέσων που επικαλείται και προσκομίζει σχετικά με την επιβολή περιορισμών στο παράλληλο εμπόριο, στο πλαίσιο της σχετικής αξιολόγησης υπό το πρίσμα των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ, επιβάλλεται να γίνουν οι εξής παρατηρήσεις:
447. Υπομνηστικά αναφέρεται, ότι η καταγγέλλουσα προβάλλει κατά πρώτον τον ισχυρισμό ότι με συμφωνία μεταξύ τους οι καταγγελλόμενες GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ είχαν ορίσει την τελευταία, όχι μόνο ως αποκλειστικό διανομέα των επίμαχων προϊόντων, αλλά και ως αποκλειστική πηγή προμήθειας για κάθε άλλη εγχώρια επιχείρηση, που ενδιαφερόταν να δραστηριοποιηθεί στη σχετική αγορά, επομένως και για τη ΣΕΡΚΟ (αλλά και για τη ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, όπως αποδείχτηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας⁶⁴⁰). Ο συνδυασμός αυτός αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής πηγής προμήθειας ισοδυναμεί, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, με απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών, καθώς καθιστά υποχρεωτική για κάθε επιχείρηση που προσπαθεί να δραστηριοποιηθεί στην αγορά, τη συνεργασία για την προμήθεια των προϊόντων με τον εκάστοτε τοπικό, για την Ελλάδα, αποκλειστικό διανομέα (δηλ. για την ΣΕΡΚΟ πριν το 2010, βάσει της άτυπης και όμοιας κατά περιεχόμενο με την μετέπειτα σύμβαση αποκλειστικής διανομής ανταλλακτικών⁶⁴¹ και για την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ μετά το 2010), επιφέρει δε, λόγω της στεγανοποίησης της εθνικής αγοράς και του προκαλούμενου περιορισμού του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, σοβαρά αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα, για την αξιολόγηση των οποίων η καταγγέλλουσα επικαλείται τις Κατευθυντήριες Γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς και ειδικότερα τις παραγράφους 162 και 167 της σχετικής Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής που αναφέρονται σε περιπτώσεις όπου η αποκλειστική διανομή συνδυάζεται με την αποκλειστική προμήθεια.
448. Προς απόδειξη της προβαλλόμενης συμφωνίας που αφορά στον επίμαχο συνδυασμό [αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής πηγής προμήθειας], η

⁶⁴⁰ Πρβλ. μαρτυρία [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019, σελ. 63-66 («*A. ΝΑΚΟΥ: Ήθελα αν μπορεί να μας επιβεβαιώσετε αυτό που είχα σημειώσει νωρίτερα, ότι και σε εκκρεμείς παραγγελίες που είχατε ή μάλλον σε εκκρεμή σύμβαση που είχατε με τη ΒΑΧΤΕΡ κάποια ανταλλακτικά δεν τα λάβατε. Ισχύει;*

[...]: *Ναι, ναι.[...]*

A. ΝΑΚΟΥ: Αυτό δεν σας καθιστούσε όμως έναντι της σύμβασής σας με το νοσοκομείο έκθετους;

Σ. ΤΣΕΛΙΟΣ (δικηγόρος [...]): Βεβαίως.[...]

Σ. ΤΣΕΛΙΟΣ: Κα Πρόεδρε, θα κάνουμε την εξής... Επειδή πρέπει να είμαστε δίκαιοι με όλες τις αντίδικες πλευρές θα κάνουμε την εξής διευκρίνιση. Επαναλαμβάνουμε λοιπόν ότι υπήρχανε εκκρεμείς συμβάσεις με τα νοσοκομεία για τις οποίες μάλιστα είχε χορηγηθεί πιστοποιητικό παροχής ανταλλακτικών από την GAMBRO LUNDIA. Αυτές λοιπόν τις εκκρεμείς συμβάσεις όταν εξαγοράστηκε η ΒΑΧΤΕΡ και δημιούργησε το δικό της, τη δική της καθετοποίηση στην αγορά, αρνήθηκε να μας παρέχει ανταλλακτικά για να τις εκτελέσουμε. Αναγκαστήκαμε λοιπόν να χρησιμοποιήσουμε ό,τι ανταλλακτικά υπήρχε στο στοκ και να ψάχνουμε εναγωνίως σε όλο τον κόσμο, το λέω ξεκάθαρα, σε όλο τον κόσμο για να βρίσκουμε κάθε φορά ένα ανταλλακτικό το οποίο μας χρειαζόταν και να το πληρώνουμε σε τιμή δυσθεώρητη. Αυτό, αφού είχαν προηγηθεί επανειλημμένες αιτήσεις προς τη GAMBRO, προς τη ΒΑΧΤΕΡ να εξυπηρετήσει αυτές τις συμβάσεις αλλά και αφού είχαν προηγηθεί παράλληλα e-mail προς όλους τους αντιπροσώπους της GAMBRO ανά την Ευρώπη και όπου αλλού κοντά ώστε να μπορέσουμε να πάρουμε ανταλλακτικά.»

⁶⁴¹ Βλ. απόφαση ΔΕφΑθ, υπ' αριθ. 2041/2016.

καταγγέλλουσα επικαλείται, αλληλογραφία της με την GAMBRO σχετικά με παραγγελίες που η πρώτη είχε απευθύνει στη δεύτερη⁶⁴², σε χρόνο κατά τον οποίο είχε καταγγελθεί από την ίδια τη ΣΕΡΚΟ, κάθε συμβατική σχέση που τη συνέδεε με τις καταγγελλόμενες εταιρίες (2011). Από την επισκόπηση των προσκομιζόμενων αυτών εγγράφων προκύπτει ότι η GAMBRO, απαντώντας στα αιτήματα προμήθειας της καταγγέλλουσας, την ενημερώνει ότι δεν σκοπεύει να την προμηθεύει στο εξής η ίδια απευθείας, ότι αποκλειστικός της διανομέας στην Ελλάδα είναι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ και την παραπέμπει στην τελευταία για την εκτέλεση των παραγγελιών της. Σχετικά επισημαίνονται τα εξής: Ο κρίσιμος συνδυασμός δεν είναι αποκλειστική διανομή και αποκλειστική προμήθεια (που δεν απαγορεύεται), αλλά αποκλειστική διανομή και αποκλειστική πηγή προμήθειας. Ειδικότερα στο (αγγλικό) κείμενο της παρ. 162 Κατευθυντήριων γραμμών αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «*The combination of exclusive distribution with exclusive sourcing increases the possible competition risks of reduced intra-brand competition and market partitioning which may facilitate price discrimination in particular*»⁶⁴³.

449. Επίσης, στην παρ. 167 των ίδιων Κατευθυντήριων γραμμών η Ε.Επ. παραθέτει παράδειγμα «*Example of exclusive distribution combined with exclusive sourcing*», το οποίο είναι προβληματικό για τον ανταγωνισμό⁶⁴⁴. Στο συγκεκριμένο παράδειγμα καταδεικνύεται πόσο προβληματική για το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού είναι

⁶⁴² Βλ. σχετ. 9, 9Α, 10, 10Α της καταγγελίας.

⁶⁴³ Στο πρωτότυπο αγγλικό κείμενο αναφέρονται τα εξής: «...*Exclusive distribution already limits arbitrage by customers, as it limits the number of distributors and usually also restricts the distributors in their freedom of active selling. Exclusive sourcing, requiring the exclusive distributors to buy their supplies for the particular brand directly from the manufacturer, eliminates in addition possible arbitrage by the exclusive distributors, which are prevented from buying from other distributors in the system. As a result, the supplier's possibilities to limit intra-brand competition by applying dissimilar conditions of sale to the detriment of consumers are enhanced, unless the combination allows the creation of efficiencies leading to lower prices to all final consumers*».

⁶⁴⁴ Στο πρωτότυπο αγγλικό κείμενο αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «*Manufacturer A is the European market leader for a bulky consumer durable, with a market share of between 40 % and 60 % in most national retail markets. In Member States where it has a high market share, it has less competitors with much smaller market shares. The competitors are present on only one or two national markets. A's long time policy is to sell its product through its national subsidiaries to exclusive distributors at the retail level, which are not allowed to sell actively into each other's territories. Those distributors are thereby incentivised to promote the product and provide pre-sales services. Recently the retailers are in addition obliged to purchase manufacturer A's products exclusively from the national subsidiary of manufacturer A in their own country. The retailers selling the brand of manufacturer A are the main resellers of that type of product in their territory. They handle competing brands, but with varying degrees of success and enthusiasm. Since the introduction of exclusive sourcing, A applies price differences of 10 % to 15 % between markets with higher prices in the markets where it has less competition. The markets are relatively stable on the demand and the supply side, and there are no significant technological changes.*

In the high price markets, the loss of intra-brand competition results not only from the territorial exclusivity at the retail level but is aggravated by the exclusive sourcing obligation imposed on the retailers. The exclusive sourcing obligation helps to keep markets and territories separate by making arbitrage between the exclusive retailers, the main resellers of that type of product, impossible. The exclusive retailers also cannot sell actively into each other's territory and in practice tend to avoid delivering outside their own territory. As a result, price discrimination is possible, without it leading to a significant increase in total sales. Arbitrage by consumers or independent traders is limited due to the bulkiness of the product.

While the possible efficiency arguments for appointing exclusive distributors may be convincing, in particular because of the incentivising of retailers, the possible efficiency arguments for the combination of exclusive distribution and exclusive sourcing, and in particular the possible efficiency arguments for exclusive sourcing, linked mainly to economies of scale in transport, are unlikely to outweigh the negative effect of price discrimination and reduced intra-brand competition. Consequently, it is unlikely that the conditions of Article 101(3) are fulfilled».

η αποκλειστική πηγή προμήθειας, όταν αυτή συνδυάζεται με την αποκλειστική διανομή. Σε αυτήν ειδικά την περίπτωση η Ευρωπαϊκή Επιτροπή θεωρεί δεδομένα τα ανταγωνιστικά αποτελέσματα της διακριτικής τιμολόγησης και του περιορισμού του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, σε βαθμό μάλιστα τέτοιο που θεωρεί απίθανο αυτά να μπορούν να αντισταθμιστούν από αποτελεσματικότητες ιδίως τύπου οικονομίας κλίμακος και να απολαύσουν του ευεργετήματος ατομικής απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ.

450. Ενόψει της επίκλησης των συγκεκριμένων απαντήσεων της GAMBRO, προκύπτει ότι η καταγγέλλουσα στηρίζει καταρχήν τον ανωτέρω ισχυρισμό της ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, τουλάχιστον για την περίοδο μετά το 2010, αποτελούσε αποκλειστική στην Ελλάδα πηγή προμήθειας των προϊόντων για κάθε ενδιαφερομένη επιχείρηση ή τελικό καταναλωτή στο γεγονός ότι η GAMBRO δεν δεχόταν να την προμηθεύει στο εξής απευθείας, συνεπώς δεν αποτελούσε εφεξής για την καταγγέλλουσα εναλλακτική πηγή προμήθειας, και την παρέπεμπε στον εξουσιοδοτημένο για την Ελλάδα αποκλειστικό της διανομέα.
451. Πράγματι, το αίτημα της ΣΕΡΚΟ για προμήθεια ανταλλακτικών η GAMBRO το παραπέμπει για ικανοποίηση μόνο στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ και όχι σε άλλη πηγή. Επομένως, και στην εξεταζόμενη περίπτωση υφίσταται η λεγόμενη υποχρέωση αποκλειστικής πηγής προμήθειας, μολοντί δεν υπάρχει ρητά τέτοια δέσμευση στην ισχύουσα στην Ελλάδα σύμβαση της καταγγελλόμενης με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.
452. Κατά τα ανωτέρω, η προκύπτουσα από τις προσκομιζόμενες επιστολές «άρνηση» της GAMBRO να ενημερώσει για τους εξουσιοδοτημένους διανομείς της στην Ε.Ε. υποψήφιους πελάτες στην περιοχή δραστηριοποίησης του διανομέα της - όπως εν προκειμένω τη ΣΕΡΚΟ - και η από μέρους της παραπομπή τους στον αποκλειστικό της διανομέα στην Ελλάδα, ήτοι στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, κατ' εφαρμογή συμφωνίας μεταξύ τους, καταρχήν αποτελεί καθαυτή περιορισμό του ανταγωνισμού, λόγω της στεγανοποίησης της αγοράς που διαμορφώνεται, έτσι ώστε να θεωρείται απίθανο, ο εν λόγω περιορισμός να μπορεί να αντισταθμιστεί από αποτελεσματικότητες ιδίως τύπου οικονομίας κλίμακος μεταφοράς και να απολαύσουν του ευεργετήματος ατομικής απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, όπως και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή παραθέτει στο ως άνω σχετικό παράδειγμά της (παρ. 167). Επιπλέον, αξιολογούμενος υποχρεωτικώς αυτός ο συνδυασμός υπό το φως του περιεχομένου των όρων που περιλαμβάνονται στο κεφάλαιο 6 της ίδιας σύμβασης (6.1, 6.2 & 6.3) που φέρει τον τίτλο NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS, δεν καταλείπει την παραμικρή αμφιβολία ότι και αυτός ετέθη με σκοπό την εξαφάνιση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού δια της απολύτου γεωγραφικής κατανομής των αγορών και με απώτερο στόχο τη διακριτική τιμολόγηση των προϊόντων του σήματος GAMBRO (ήτοι μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, ανταλλακτικών, καθώς και επισκευής & συντήρησης αυτών μετά της σχετικής πιστοποίησης). Έτσι, υπό αυτό το πρίσμα, η συνδυαστική αξιολόγηση της αποκλειστικής διανομής με την αποκλειστική πηγή προμήθειας, σε απόλυτη συνάρτηση και με την συμβατικά ρητώς προβλεπόμενη απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών οδηγεί με ασφάλεια στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για *per se* απαγορευμένους κάθετους περιορισμούς περιλαμβανόμενους στη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ που έκφρασή τους αποτελεί η αδυναμία υποψήφιων πελατών - όπως εν προκειμένω της ΣΕΡΚΟ - να στραφούν σε κάποια εναλλακτική πηγή προμήθειας, λόγω της συμπεριφοράς της GAMBRO, και για το λόγο αυτό δεν μπορούν να τύχουν απαλλαγής.
453. Από τα διαθέσιμα στοιχεία προκύπτει ότι η προαναφερόμενη στάση της GAMBRO έναντι της ΣΕΡΚΟ αποτελούσε πράγματι έκφραση και εφαρμογή ρητών συμβατικών δεσμεύσεων που είχε αναλάβει έναντι της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με την

από 7-10.10.2003 μεταξύ τους Σύμβαση, στην οποία ρητά συμφωνείται⁶⁴⁵ ότι η GAMBRO δεν θα πωλεί τα προϊόντα απευθείας σε πελάτες στην περιοχή που παραχωρείται κατ' αποκλειστικότητα στο διανομέα (Ελλάδα), ενώ θα επικοινωνεί προς το διανομέα κάθε ευκαιρία για την προώθηση των πωλήσεων των προϊόντων που αφορά η Σύμβαση και θα παραπέμπει σ' αυτόν τυχόν αιτήματα προμήθειας που θα απευθύνονται σε εκείνη από υποψήφιους πελάτες της περιοχής του διανομέα. Σημειώνεται δε ότι κατά το χρόνο που η ΣΕΡΚΟ παραπέμπεται για αγορές στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ δεν αποτελούσε πλέον εξουσιοδοτημένο αποκλειστικό διανομέα ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής της GAMBRO. Κάθε συμβατική σχέση μεταξύ τους έχει καταγγελθεί (με την αρχή πάντως των καταγγελιών να γίνεται από τη ΣΕΡΚΟ, όπως ο νόμιμος εκπρόσωπός της παραδέχτηκε έμμεσα κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας⁶⁴⁶, σε συνάρτηση και με τα αναφερόμενα στο με αρ. πρωτ. 551/25.09.2018 υπόμνημά της⁶⁴⁷) και η ΣΕΡΚΟ ήταν κατά το χρόνο εκείνο υποψήφιος νέος πελάτης/ανταγωνιστής της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ.

454. Με βάση την ανωτέρω ανάλυση, ενόψει του χαρακτήρα της εν λόγω συμφωνίας, αλλά και της θέσης των συμβαλλόμενων μερών και των ανταγωνιστών τους στην

⁶⁴⁵ Βλ. τον όρο 6.1 «No direct sales» και 6.2. «Notice of opportunities» της Σύμβασης από 7-10.10.2003 μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ.

⁶⁴⁶ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 95. («N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Ποιος κατήγγειλε τη σύμβαση αυτή, τη σχέση; Ποιος την κατήγγειλε;

[...]: Με τη GAMBRO;

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Μάλιστα.

[...]: Λοιπόν, η GAMBRO ακόμη και σήμερα, αν δείτε στα δικόγραφα της, η BAXTER που τη διαδέχεται, δεν ξέρω, ή την εκπροσωπεί...

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

[...]: Η GAMBRO ακόμη και σήμερα σας λέει στα υπομνήματά της ότι δεν παραδέχεται, μας λέει ακόμα υπεργολάβους. Η εφευρετική απόφαση το ξεκαθάρισε από ότι είμαστε οι αποκλειστικοί διανομείς και εξουσιοδοτημένοι της GAMBRO στην Ελλάδα. Η BAXTER έρχεται και το παραδέχεται, έτσι λέει η απόφασή σας κ.λπ.

ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

[...]: Λοιπόν, ναι. Εμείς λέμε ότι δεν υφίσταται νομικά, δεν υφίσταται μερική καταγγελία σύμβασης. Εμείς πάντα υποστηρίζαμε ότι έχουμε συμβατικές σχέσεις με προφορική συμφωνία και όταν έγινε η διχοτόμηση της αποκλειστικότητας, που ήμασταν αποκλειστικοί διανομείς για όλη την Ελλάδα και τον Φεβρουάριο του 2010 λάβαμε βεβαίωση που μας έλεγε για Νότια Ελλάδα για πρώτη φορά, αυτό θεωρούμε ως γεγονός καταγγελίας της σύμβασης, της μεταξύ μας σύμβασης από τη GAMBRO. Αυτή την κατήγγειλε.

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Συγγνώμη, εσείς θεωρείτε καταγγελία το ότι όρισε και άλλον αποκλειστικό;

[...]: Ήτανε, ήτανε βλαπτική...

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Για τον ανταγωνισμό πάντως δεν είναι βλαπτική να ορίσει άλλον έναν.

[...]: Για μας ήταν βλαπτικό, ήταν αλλαγή όρων. Δεν ήτανε, μερική καταγγελία, αν το θέλετε, της αποκλειστικής διανομής που είπαμε. Δεν το λέω ότι είναι βλαπτικό για λόγους ανταγωνισμού, αλλά η μεταξύ μας σχέση σας λέω.»).

⁶⁴⁷ Στη σελίδα 72 του με αρ. 551/25.09.2018 υπομνήματός της, η εταιρία ΣΕΡΚΟ, αναφέρει επί λέξει τα εξής: «Η εταιρεία μας κατόπιν τούτων αρνήθηκε εulόγως την εκτέλεση της παραγγελίας της Δουλγκέρης, λέγοντας της αυτονόητα (σύμφωνα με τη βούληση της Gambro!) ότι εφόσον ορίστηκε κι αυτή πλέον διανομέας ανταλλακτικών της Gambro για τη Βόρεια Ελλάδα, μπορούσε κάλλιστα να αποστείλει την παραγγελία της στη Gambro.

Με αφορμή τις φτηνές ως άνω αιτιάσεις των 2 πρώτων καταγγελλομένων σε βάρος μας, την εποχή που υλοποιούνταν ο εκποτισμός μας κατά τις απειλές των στελεχών της Gambro, διερωτόμαστε:

Εάν η 1η καταγγελλόμενη δεν είχε δήθεν καμία συμβατική σχέση μαζί μας, γιατί, ακόμα και την εποχή που μας πετσόκοβε την αποκλειστικότητα στην Ν. Ελλάδα (2/2010), εξακολούθησε να την επιβεβαιώνει (έστω πετσοκομμένη);;

Κι αφού μας πετσόκοψε την αποκλειστικότητα στη Ν. Ελλάδα, ορίζοντας ξαφνικά το 2010 την εταιρεία Δουλγκέρης αποκλειστική διανομέα Β. Ελλάδας, γιατί μας εγκαλεί για μη διανομή ανταλλακτικών προς την «αποκλειστική» αυτήν;».

αγορά αναφοράς⁶⁴⁸, ο περιορισμός αυτός των πωλήσεων της GAMBRO στην περιοχή του εξουσιοδοτημένου διανομέα δεν δύναται να αξιολογηθεί ως επιτρεπτή αυτοδέσμευση της προμηθεύτριας σε ό,τι αφορά τις πωλήσεις της, η οποία θα συνέβαλε θετικά στη δημιουργία αποτελεσματικότητας και ιδίως οικονομικών κλίμακος, οδηγώντας, κατ' αποτέλεσμα, στη βελτιστοποίηση της μεθόδου διανομής που αποτελεί στοιχείο ανταγωνισμού μεταξύ των παραγόντων της αγοράς⁶⁴⁹, καθόσον τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα της διακριτικής τιμολόγησης – απόρριψης της γεωγραφικής κατανομής των αγορών - και της εξάλειψης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να θεωρηθούν δεδομένα, σε βαθμό μάλιστα τέτοιο που είναι απίθανο αυτά να μπορούν να αντισταθμιστούν από αποτελεσματικότητες και να απολαύσουν του ευεργετήματος ατομικής απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ⁶⁵⁰.

455. Καταρχάς, μόνος και αποσπασματικά αξιολογούμενος ο υπό εξέταση περιορισμός σχετικά με τη (μη) δραστηριοποίηση της GAMBRO στην εθνική επικράτεια που έχει παραχωρηθεί σε διανομέα της δεν θα συνεπαγόταν καθεαυτός, κατ' αντικείμενο ή αποτέλεσμα, άμεση ή έμμεση στεγανοποίηση της εθνικής αγοράς έναντι του παράλληλου εμπορίου και της ενδεχόμενης προμήθειας των προϊόντων από άλλες εναλλακτικές πηγές εκτός επικράτειας. Ωστόσο, τα προσκόμματα στα εμπορικά ρεύματα μεταξύ των κρατών μελών προκαλούνταν συνολικά από τους συμβατικούς περιορισμούς που επιβάλλονταν στο επόμενο από αυτό του προμηθευτή επίπεδο της αγοράς, λόγω της επίμαχης σύμβασης μεταξύ GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, δηλαδή στους διανομείς των προϊόντων ως προς τις πωλήσεις τους εκτός της εθνικής παραχωρηθείσας σ' αυτούς επικράτειας, δυνάμει των συμβατικών όρων που αναλύθηκαν προηγουμένως, συμπεριλαμβανομένης και συναξιολογούμενης με αυτούς τους συμβατικούς όρους και της δέσμευσης της GAMBRO να μην ανταγωνίζεται τους διανομείς της στην περιοχή ευθύνης τους. Επομένως, υπό αυτή την έννοια, η αυτοδέσμευση της GAMBRO στην εξεταζόμενη περίπτωση σχετίζεται τελικά κατ' αντικείμενο ή /και κατ' αποτέλεσμα με την επιβολή αποκλειστικής πηγής προμήθειας ή/και τη στεγανοποίηση της αγοράς για αγοραστές των προϊόντων επόμενου σταδίου διανομής σε συνάρτηση προφανώς και με την επιβληθείσα από την ίδια στο δίκτυό της απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών/εξαγωγών, κατά το μέρος που αυτή ρητώς προβλέπεται στην επίμαχη σύμβαση GAMBRO/ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Εξάλλου, θα πρέπει να διευκρινισθεί ότι ο αξιολογούμενος στις Κατευθυντήριες γραμμές⁶⁵¹, και επικαλούμενος από την καταγγέλλουσα, συνδυασμός της αποκλειστικής διανομής και της αποκλειστικής (πηγής) προμήθειας (exclusive purchasing), αναφέρεται στην περίπτωση που οι εν λόγω συνδυασμένοι περιορισμοί αφορούν στις πωλήσεις, και τις προμήθειες αντίστοιχα, του ίδιου διανομέα, δηλαδή στην περίπτωση κατά την οποία ο ίδιος ο αποκλειστικός διανομέας (ο οποίος κατά πάσα πιθανότητα περιορίζεται ως προς τις ενεργητικές πωλήσεις του εκτός παραχωρηθείσας περιοχής) οφείλει -και κατά τούτο περιορίζεται επίσης -να πραγματοποιεί τις προμήθειές του επί προϊόντων συγκεκριμένου σήματος αποκλειστικά από μία πηγή, συνήθως απευθείας από τον προμηθευτή/παραγωγό. Υπό αυτό το πρίσμα, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι ο συνδυασμός των εν λόγω περιορισμών δεν αποτελεί ιδιαιτέρως σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού και γι' αυτό απαλλάσσεται όταν τα μέρη έχουν μερίδιο κατώτερο

⁶⁴⁸ Σημειώνεται ότι ενόψει των μεριδίων αγοράς των μερών στην αγορά αναφοράς, ο εν λόγω περιορισμός επί των πωλήσεων θα απαλασσόταν σύμφωνα με τον Κανονισμό Ομαδικής Απαλλαγής 330/2010. Ωστόσο επίκληση του Κανονισμού δεν μπορεί να χωρίσει εν προκειμένω, ενόψει της άρσης της εφαρμογής του, λόγω των προαναφερθέντων σοβαρών περιορισμών του ανταγωνισμού που περιλαμβάνει και που περιγράφηκαν αναλυτικά ανωτέρω.

⁶⁴⁹ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τις κάθετες συμφωνίες, παρ. 106επ.

⁶⁵⁰ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τις κάθετες συμφωνίες, παρ. 162 και 167.

⁶⁵¹ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τις κάθετες συμφωνίες, παρ. 162, 167.

του 30%, εντούτοις τα ανωτέρω αναλυθέντα πραγματικά περιστατικά της παρούσης υπόθεσης αξιολογούμενα και υπό το πνεύμα του αγγλικού πρωτότυπου κειμένου των κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς δεν καταλείπουν την παραμικρή αμφιβολία ότι τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα της γεωγραφικής κατανομής των αγορών - και της εξάλειψης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού δυνάμει του συνδυασμού αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής πηγής προμήθειας στην εξεταζόμενη περίπτωση θα πρέπει να θεωρηθούν δεδομένα, σε βαθμό μάλιστα τέτοιο που είναι απίθανο αυτά να μπορούν να αντισταθμιστούν από αποτελεσματικότητες και να απολαύσουν του ευεργετήματος ατομικής απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ, πολλώ δε μάλλον να απολαύσουν του ευεργετήματος ομαδικής απαλλαγής. Αξιολογούμενος, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, ο συγκεκριμένος όρος συνδυασμού αποκλειστικής διανομής και αποκλειστικής πηγής προμήθειας με το περιεχόμενο των όρων που περιλαμβάνονται στο κεφάλαιο 6 της ίδιας σύμβασης (6.1, 6.2 & 6.3) που φέρει τον τίτλο NO DIRECT SALES, NO PARALLEL IMPORTS, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ταυτόχρονα με την απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών απαγορεύονται και οι παθητικές πωλήσεις.

456. Κατά δεύτερον, η καταγγέλουσα επικαλείται την ύπαρξη συμφωνίας μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με αντικείμενο να διασφαλίζεται από την πρώτη απόλυτη εδαφική προστασία στη δεύτερη και να αποτρέπονται οι παράλληλες εισαγωγές στην Ελλάδα από διανομείς εγκατεστημένους σε άλλες χώρες της Ένωσης, προς απόδειξη της οποίας προσκομίζει σειρά από επιστολές που απηύθυνε σε θυγατρικές, κατά δήλωσή της επιχειρήσεις της GAMBRO εγκατεστημένες σε άλλες χώρες μέλη της Ένωσης, αναζητώντας δυνατότητες συνεργασίας μαζί τους, σε χρόνο κατά τον οποίο δεν συμμετείχε πλέον στο επίσημο δίκτυο διανομής της GAMBRO. Η ίδια δηλώνει ότι δεν έλαβε καμία απάντηση από τους παραλήπτες των επιστολών και αυτό δεν αμφισβητήθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας. Προαναφέρθηκε ότι η καταγγέλουσα απέστειλε τις επιστολές αυτές, στις θυγατρικές, όπως η ίδια αναφέρει, επιχειρήσεις της GAMBRO σε Πολωνία, Βέλγιο, Γαλλία, Ελβετία, Ιταλία, Γερμανία, Νορβηγία, Δανία, Φινλανδία, Αυστρία, Σλοβακία και Τσεχία.

457. Πράγματι, ο εν λόγω ισχυρισμός επαληθεύτηκε:

Ειδικότερα, η παράλειψη των θυγατρικών/παραληπτών των επιστολών στις χώρες αυτές να απαντήσουν στο αίτημα της καταγγέλουσας συνιστά μεν σιωπηρή άρνησή τους να την προμηθεύσουν - και, ενόψει της ανάλυσης που προηγήθηκε αναφορικά με την ύπαρξη ενιαίας οικονομικής μονάδας, αποδίδεται στην ίδια την GAMBRO, ωστόσο πρέπει να γίνει δεκτό ότι μία τέτοια άρνηση φαινομενικά μόνο συνιστά μονομερή ενέργεια της ίδιας της GAMBRO, εκδηλούμενη δια των συνδεδεμένων με εκείνη επιχειρήσεων, καθόσον γίνεται προκειμένου να προστατευθεί η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, με τη οποία η GAMBRO έχει συμβληθεί, από το ενδεχόμενο παθητικών πωλήσεων τρίτων προς τη ΣΕΡΚΟ (αλλά και προς τη ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, όπως αποδείχτηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας) αλλά και επίσης οι λοιπές επιμέρους γεωγραφικές αγορές, όπου η GAMBRO έχει συμβληθεί με αποκλειστικούς ή/και απλούς διανομείς να στεγανοποιηθούν κατά τέτοιο τρόπο που θα προστατεύει την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για το διάστημα 2003-2015 από τον κίνδυνο παράλληλων εισαγωγών. Συνεπώς, με βάση αυτό το σκεπτικό η σιωπηρή άρνηση δύναται να αξιολογηθεί ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα συμφωνίας μεταξύ ανεξάρτητων επιχειρήσεων κι ως εκ τούτου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ.

Επί του προβαλλόμενου περιοριστικού χαρακτήρα του δικτύου διανομής στην Ελλάδα - αποκλειστική διανομή, απουσία κριτηρίων επιλογής διανομέων

458. Όπως προαναφέρθηκε, η καταγγέλλουσα διαμαρτύρεται επιπλέον για τη φυσιογνωμία του δικτύου διανομής των προϊόντων GAMBRO στην Ελλάδα. Ισχυρίζεται κατά πρώτον ότι το γεγονός πως η καταγγελλόμενη είχε εξουσιοδοτήσει για ολόκληρη την επικράτεια έναν μόνο αποκλειστικό διανομέα, ήτοι την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, οδηγεί σε πλήρη εξάλειψη του ενδοσηματικού ανταγωνισμού και κατά συνέπεια στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, καθώς οι τελικοί καταναλωτές, ήτοι τα δημόσια νοσοκομεία, δεν έχουν καμία απολύτως δυνατότητα επιλογής μεταξύ περισσοτέρων διανομέων των προϊόντων – ήτοι μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής⁶⁵², τα οποία η καταγγέλλουσα αντιλαμβάνεται ως ανήκοντα σε διαφορετικές αγορές. Σημειωτέον ότι η καταγγέλλουσα αντιλαμβάνεται τη θέση της GAMBRO ως δεσπόζουσας στην αγορά μηχανημάτων, υπερδεσπόζουσας στην αγορά ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής (θεωρώντας ότι σχετική αγορά είναι το σήμα), τις οποίες θεωρεί αγορές «επόμενου σταδίου» σχετικά με την αγορά μηχανημάτων, ενώ τη θέση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ ως μεγάλης «αγοραστικής ισχύος», καθώς αποτελεί, κατά την καταγγέλλουσα το μοναδικό αποκλειστικό διανομέα και τον αποκλειστικό αγοραστή των προϊόντων για ολόκληρη την ελληνική αγορά.
459. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι, σε αντίθεση προς τους ανωτέρω ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας, την αποκλειστική διανομή των ανταλλακτικών στην ελληνική επικράτεια δεν πραγματοποιούσε η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, αλλά η ίδια καταγγέλλουσα, για διάστημα πλέον της εικοσαετίας⁶⁵³. Ομοίως, ως προς τις υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης, αυτές αναλάμβανε στη νότια Ελλάδα αποκλειστικώς η καταγγέλλουσα και στη βόρεια Ελλάδα η εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ. Συνεπώς, «μοναδικό αγοραστή» ανταλλακτικών αποτελούσε η ίδια η καταγγέλλουσα και όχι η καταγγελλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, η αποκλειστική διανομή της οποίας περιορίστηκε, παρά τα συμφωνηθέντα στην από 7-10.10.2003 σύμβασή της, μόνο στα μηχανήματα GAMBRO. Σε σχέση δε με τις υπηρεσίες μετά την πώληση, αυτές παρέχονταν από δύο επιχειρήσεις στην ελληνική επικράτεια, ήτοι από την καταγγέλλουσα και την εταιρία ΤΕΧΝΟΪΑΤΡΙΚΗ.
460. Περαιτέρω, επαναλαμβάνεται ότι λόγω του συμπεράσματος της οικονομικής θεωρίας ότι «*η πιθανότητα τα ... ενεργητικά αποτελέσματα [των κάθετων περιορισμών] να υπερκαλύπτουν κάθε αρνητική για τον ανταγωνισμό επίπτωση των περιορισμών που περιέχονται στις κάθετες συμφωνίες εξαρτάται από την ισχύ των συμμετεχουσών*

⁶⁵² Ωστόσο, όπως έχει ήδη αναφερθεί ανωτέρω, η καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ στη σελίδα 72 του με αρ. πρωτ. 551/25.09.2018 υπομνήματός της αναφέρει επί λέξει τα εξής: «*Η εταιρεία μας κατόπιν τούτων αρνήθηκε ευλόγως την εκτέλεση της παραγγελίας της Δουλγκέρης, λέγοντας της αυτονομία (σύμφωνα με τη βούληση της Gambro!) ότι εφόσον ορίστηκε κι αυτή πλέον διανομέας ανταλλακτικών της Gambro για τη Βόρεια Ελλάδα, μπορούσε κάλλιστα να αποστείλει την παραγγελία της στη Gambro.*

Με αφορμή τις φτηνές ως άνω αιτιάσεις των 2 πρώτων καταγγελλομένων σε βάρος μας, την εποχή που υλοποιούνταν ο εκτοπισμός μας κατά τις απειλές των στελεχών της Gambro, διερωτώμαστε:

Εάν η 1η καταγγελλόμενη δεν είχε δήθεν καμία συμβατική σχέση μαζί μας, γιατί, ακόμα και την εποχή που μας πετσόκοβε την αποκλειστικότητα στην Ν. Ελλάδα (2/2010), εξακολούθησε να την επιβεβαιώνει (έστω πετσοκομμένη);;

Κι αφού μας πετσόκοψε την αποκλειστικότητα στην Ν. Ελλάδα, ορίζοντας ξαφνικά το 2010 την εταιρεία Δουλγκέρης αποκλειστική διανομέα Β. Ελλάδας, γιατί μας εγκαλεί για μη διανομή ανταλλακτικών προς την «αποκλειστική» αυτήν;». Δηλαδή, η αποκλειστικότητα ήταν κάτι το οποίο είχε και επιδίωξε να εξακολουθήσει να έχει και η ίδια η καταγγέλλουσα στο παρελθόν και όταν η GAMBRO της την περιόρισε γεωγραφικά, ορίζοντας το Δουλγκέρη διανομέα ανταλλακτικών της Gambro για τη Βόρεια Ελλάδα, η ΣΕΡΚΟ αντέδρασε καταγγέλλοντας τη σύμβασή της.

⁶⁵³ Βλ. και το με αρ. πρωτ. 551/25.09.2018 υπόμνημα της καταγγέλλουσας, ό.π.

επιχειρήσεων στην αγορά και, ως εκ τούτου, από τον βαθμό στον οποίο οι επιχειρήσεις αυτές αντιμετωπίζουν ανταγωνισμό από άλλους παρόχους αγαθών ή υπηρεσιών που θεωρούνται εναλλάξιμα ή υποκατάστατα από τον αγοραστή λόγω των χαρακτηριστικών τους, των τιμών τους και της χρήσης για την οποία προορίζονται»⁶⁵⁴, ο Κανονισμός 330/2010 παρέχει ομαδική απαλλαγή στους κάθετους περιορισμούς σε δίκτυα διανομής, οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, όταν το μερίδιο του προμηθευτή και του αγοραστή (διανομέα) στη σχετική αγορά είναι χαμηλό, ήτοι δεν υπερβαίνει το καθένα το 30%⁶⁵⁵, εισάγοντας ουσιαστικά ένα τεκμήριο νομιμότητας για τις συμφωνίες αυτές.

461. Κατ' ακολουθία προς τα ανωτέρω, η εν λόγω κάθετη συμφωνία της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ σχετικά με τα μηχανήματα GAMBRO, παρά το εύρος της παραχωρηθείσας κατ' αποκλειστικότητα γεωγραφικής περιοχής (όλη η ελληνική επικράτεια), εξεταζόμενη καθαυτή – μη λαμβανομένων δηλαδή υπόψη των κατ' αντικείμενο περιορισμών του ανταγωνισμού που διαπιστώθηκαν- θα έχαιρε, ως μη σοβαρός περιορισμός του ανταγωνισμού, της ομαδικής απαλλαγής του Κανονισμού 330/2010, ενόψει των χαμηλών μεριδίων αγοράς των μερών, όπως αυτά υπολογίσθηκαν ανωτέρω από την Υπηρεσία, υπό το πρίσμα της ενιαίας αγοράς. Την ομαδική αυτή απαλλαγή στερείται εν προκειμένω λόγω της συμπερίληψης στην ίδια συμφωνία διανομής των ιδιαίτερος σοβαρών περιορισμών που αφορούν στο παράλληλο εμπόριο.

462. Πράγματι, η καταγγέλλουσα, ερειδόμενη στους ισχυρισμούς της περί της ισχυρής θέσης των καταγγελλομένων στις διακριτές αγορές μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής (δεσπόζουσα και υπερδεσπόζουσα αντίστοιχα για την προμηθευτρία, όπως υποστηρίζει), επικαλείται τη μεθοδολογική ανάλυση που ακολουθείται στις Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με τους κάθετους περιορισμούς σε δίκτυα αποκλειστικής διανομής που δεν χαρακτηρίζονται ως «ιδιαιτέρως σοβαροί», αλλά συνάμα δεν εντάσσονται σε συμφωνία που πληροί τις ανωτέρω προϋποθέσεις περί το ύψος του μεριδίου για να τύχουν ομαδικής απαλλαγής⁶⁵⁶. Στην περίπτωση αυτή απαιτείται καταρχήν ατομική αξιολόγηση των αποτελεσμάτων της συμφωνίας, προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσο παράγει επιζήμια, περιοριστικά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, πραγματικά ή/και δυνητικά, κατά την έννοια των ανωτέρω άρθρων. Εξεταστέα στην περίπτωση αυτή είναι όλα τα δεδομένα που αφορούν στον ανταγωνισμό εντός της εξεταζόμενης αγοράς (ιδίως η θέση των συμβαλλομένων μερών, των ανταγωνιστών και των αγοραστών, αλλά και ο χαρακτήρας της συμφωνίας, οι φραγμοί εισόδου, το επίπεδο του εμπορίου και κάθε άλλη παράμετρος που μπορεί να αφορά στη δεδομένη αγορά), η σημασία δε κάθε παραμέτρου διαφοροποιείται ανάλογα με την μορφή του εξεταζόμενου κάθετου περιορισμού⁶⁵⁷.

463. Ωστόσο, πέραν των όσων προαναφέρθηκαν, οι θέσεις της καταγγέλλουσας περί της ισχύος των καταγγελλομένων στην αγορά δεν επαληθεύονται, ενόψει των διαπιστούμενων χαμηλών μεριδίων αγοράς προμηθευτή και διανομέα στην αγορά αναφοράς σύμφωνα με την προηγηθείσα ανάλυση - λαμβανομένης δηλαδή υπόψη ως ενιαίας της σχετικής αγοράς της δέσμης των πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων για τους λόγους που αναφέρθηκαν. Αντιθέτως, τα μερίδια αυτά υπολείπονται ακόμη και του ορίου που αποτελεί το κατώφλι για την χορήγηση ομαδικής απαλλαγής. Συνεπώς, η εν λόγω συμφωνία περί του εύρους της

⁶⁵⁴ Βλ. Προοίμιο Κανονισμού (ΕΚ) 330/2010, παρ. 7.

⁶⁵⁵ Βλ. Κανονισμό (ΕΚ) 330/2010, ο.π., άρθρο 2 σε συνδ. με άρθρο 3 παρ. 1.

⁶⁵⁶ Βλ. Προοίμιο Κανονισμού (ΕΚ) 330/2010, ο.π., παρ. 9, Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ο.π., σημ. 96.

⁶⁵⁷ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ο.π., σημ. 111 επ.

παραχωρηθείσας κατ' αποκλειστικότητα γεωγραφικής ζώνης δεν δύναται, αυτή καθαυτή, να θεωρηθεί ότι παράγει αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα.

464. Περαιτέρω, η καταγγέλλουσα διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι δυνάμει της σύμβασης αποκλειστικής διανομής που έχει συναφθεί μεταξύ της GAMBRO και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ έχει ανατεθεί στην δεύτερη να αποφασίζει αν επιθυμεί ή όχι να διορίζει υπεργολάβους για τη συντήρηση ή επισκευή των προϊόντων και να αποφασίζει περί της χορήγησης ή μη σε άλλες επιχειρήσεις της σχετικής βεβαίωσης του εξουσιοδοτημένου - πιστοποιημένου παρόχου υπηρεσιών, χωρίς να δεσμεύεται κατά την λήψη της απόφασής της να τηρεί κριτήρια σαφή, αντικειμενικά και εκ των προτέρων γνωστά, κατά παράβαση των αρχών και κανόνων που διέπουν τη νομιμότητα των συμφωνιών επιλεκτικής διανομής και που κατ' αναλογία πρέπει, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, να εφαρμόζονται και στην κρινόμενη υπόθεση για τον ορισμό των εξουσιοδοτημένων παρόχων υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού κατασκευής της GAMBRO. Επί του ισχυρισμού αυτού της καταγγέλλουσας λεκτέα είναι τα εξής:
465. Όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία και τη θεωρία, κάθε επιχείρηση, ακόμη και δεσπόζουσα, απολαμβάνει επιχειρηματικής ελευθερίας και έχει το δικαίωμα να επιλέγει αυτόνομα τους εμπορικούς της εταίρους και να διαθέτει ελεύθερα τα περιουσιακά της στοιχεία. Η επιχειρηματική ελευθερία περιλαμβάνει και την ελευθερία επιλογής του τρόπου με τον οποίο οι επιχειρήσεις διανέμουν τα προϊόντα τους. Στο πλαίσιο αυτό, οι επιχειρήσεις χαίρουν του δικαιώματος να επιλέγουν τους διανομείς τους κατά τέτοιο τρόπο ώστε να βελτιώνεται η επιχειρηματική τους αποτελεσματικότητα, με βάση τα δικά τους κάθε φορά κριτήρια και αντιλήψεις⁶⁵⁸. Αρκεί βεβαίως να μην περιορίζεται άμεσα ή έμμεσα το παράλληλο εμπόριο, καθώς και οι παθητικές πωλήσεις, εξαιτίας τέτοιων επιλογών, διότι τότε η προσέγγιση από πλευράς δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι εντελώς διαφορετική, καθόσον τότε επιβάλλεται να είναι παρεμβατική.
466. Κατά συνέπεια, η επιλογή της καταγγελλόμενης σχετικά με τη φυσιογνωμία του δικτύου διανομής των προϊόντων της στην ελληνική επικράτεια, ως δικτύου αποκλειστικής κι όχι επιλεκτικής διανομής, ανάγεται στη σφαίρα της επιχειρηματικής της ελευθερίας και αποτελεί αποκλειστικό και αδιαφιλονίκητο δικό της επιχειρηματικό δικαίωμα. Ειδικότερα, η απόφασή της να μην συμφωνήσει με τους διανομείς της ποιοτικά ή άλλα κριτήρια από τα οποία θα εξαρτάται η είσοδος υποψήφιων διανομέων στο δίκτυο, ήτοι να μην εισάγει, στη βάση ποιοτικών κριτηρίων, περιορισμούς σχετικά με τη συμμετοχή στο δίκτυο διανομής δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο του δικαίου του ανταγωνισμού. Η εφαρμογή του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ δεν μπορεί να οδηγήσει σε θετική υπαγόρευση προς τις επιχειρήσεις της συμπεριφοράς τους στην αγορά και των συμβατικών δεσμεύσεων που αναλαμβάνουν, καθώς αυτό θα ισοδυναμούσε με υποκατάσταση της βούλησης των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και επιβολή της φυσιογνωμίας του συστήματος διανομής με το οποίο θα προωθούν τα προϊόντα τους στην αγορά, του αριθμού και των κριτηρίων με τα οποία θα επιλέγονται οι εμπορικοί τους εταίροι, καθώς και των όρων με τους οποίους θα προμηθεύονται τα προς διανομή προϊόντα οι εξουσιοδοτημένοι διανομείς τους. Συνεπώς θα ισοδυναμούσε με υπαγορεύσεις που δεν στοιχούν προς την αρχή της συμβατικής ελευθερίας και της ελευθερίας του «επιχειρείν». Έκαστη εταιρία είναι υπεύθυνη και απολαμβάνει τα οφέλη, αλλά και συγχρόνως αναλαμβάνει τους κινδύνους που ενέχουν οι επιχειρηματικές

⁶⁵⁸ Βλ. ενδεικτικά, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα *Jacobs* στην υπόθεση ΔΕΕ C-7-97, *Oscar Bronner κατά Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlang*, Συλλ. 1998, σελ. I-7791, σκ. 56, L.Ritter/W.Braun, *European Competition Law: A practitioner's guide*, 3d edition, 2005, p. 265 και νομολογία στην οποία παραπέμπει, καθώς και ΕΑ 237/III/2003 και ΔιοικΕφΑθ 2057/2010, σκ. 21.

πρωτοβουλίες της. Όμως, στο σημείο αυτό θα πρέπει επίσης να υπογραμμιστεί ότι η ελευθερία αυτή δεν εξικνείται μέχρι και του σημείου να δικαιολογεί το μεθοδευμένο εκτοπισμό από την αγορά - είτε έμμεσα μέσω της απαγόρευσης παράλληλου εμπορίου είτε άμεσα μέσω της υπόδειξης/εξαναγκασμού σε σύναψη σύμβασης με το μοναδικό φορέα συναλλαγής που είναι ταυτόχρονα και ανταγωνιστής σε συγκεκριμένη γεωγραφική αγορά - ενός ανταγωνιστή σε επίπεδο επισκευής και συντήρησης των προϊόντων σήματος GAMBRO μετά των ανταλλακτικών αυτών, από τις συμπράττουσες επιχειρήσεις GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, πολλώ δε μάλλον όταν πρόκειται για μία ευαίσθητη και με ειδικά χαρακτηριστικά αγορά που έχει να κάνει κατά βάση τόσο με τη δημόσια όσο και με την ιδιωτική υγεία. Το ότι η ΣΕΡΚΟ, μολονότι υφιστάμενος ή δυνητικός ανταγωνιστής, εντούτοις εν τοις πράγμασι καταργείται, αν και η σημασία εξακολούθησης της παρουσίας της στην αγορά ως ανεξάρτητου παρόχου υπηρεσιών είναι σημαντική, προκύπτει και από το εξής παράδειγμα: προκύπτει ενδεικτικά από την υποβολή οικονομικότερης προσφοράς, όπως αυτή εκδηλώθηκε, για παράδειγμα στο πλαίσιο διαγωνισμού του Γ.Ν. Θεσσαλονίκης «Ιπποκράτειο» με αριθ. διακήρυξης 108/2015 για την συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, όπου η ΜΠΑΞΤΕΡ κατέθεσε στη με αριθ. προσφοράς 24494/9-12-2015 οικονομική προσφορά συνολικού ποσού [...] ευρώ⁶⁵⁹, έναντι της με αριθ. προσφοράς 24647/11-12-2015 οικονομικής προσφοράς της ΣΕΡΚΟ συνολικού ποσού [...] ευρώ⁶⁶⁰. Ήτοι, η προσφερόμενη από τη ΜΠΑΞΤΕΡ τιμή για την συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO ήταν στη συγκεκριμένη περίπτωση ακριβότερη κατά [...] ευρώ έναντι της προσφερόμενης από τη ΣΕΡΚΟ τιμής.

Επί της άρνησης των καταγγελλομένων να εφοδιάσουν την καταγγέλλουσα με προϊόντα και κατάλληλα πιστοποιητικά τεχνικής επάρκειας

467. Υπογραμμίζεται ότι, όπως εξάλλου προαναφέρθηκε, οι εταιρίες μπορούν, σε κάθε περίπτωση, στο πλαίσιο της επιχειρηματικής τους ελευθερίας να επιλέγουν τον τρόπο με τον οποίο θα διανείμουν τα προϊόντα τους, είτε μέσω θυγατρικών εταιριών, είτε οργανώνοντας ένα αποκλειστικό ή επιλεκτικό δίκτυο διανομής (κάθετες συμφωνίες), είτε τέλος με συνδυασμό όλων των ανωτέρω⁶⁶¹. Επιπροσθέτως, οι εταιρίες χαίρουν του δικαιώματος να επιλέγουν τους διανομείς τους κατά τέτοιο τρόπο ώστε να βελτιώνεται η επιχειρηματική τους αποτελεσματικότητα. Ακόμη και στην περίπτωση μίας δεσπόζουσας επιχείρησης, η οποία φέρει τη «ειδική ευθύνη» να μην βλάπτει τον ανταγωνισμό, γίνεται δεκτό ότι τυχόν μεταβολή του δικτύου διανομής της που συνεπάγεται παύση των εμπορικών της σχέσεων με παλαιούς μεταπωλητές δεν αντίκειται καταρχάς στο άρθρο 2 του ν. 3959/2011, εκτός αν θα προέκυπτε σκοπός ή αποτέλεσμα αντιανταγωνιστικής στεγανοποίησης της αγοράς μέσω αντανακλαστικών συνεπειών, που άγουν σε μεταβολή της δομής της, τέτοια, ώστε να παρεμποδίζεται η πρόσβαση των ανταγωνιστών της δεσπόζουσας επιχείρησης στις πηγές εφοδιασμού τους ή και η πρόσβαση των παραγωγών, και ιδίως των μικρών παραγωγών, στην αγορά επομένης βαθμίδος⁶⁶².

⁶⁵⁹ Βλ. ΣΧΕΤ. 8^Α του με αρ. πρωτ. 1437/24.02.2016 εγγράφου της ΣΕΡΚΟ.

⁶⁶⁰ Βλ. ΣΧΕΤ. 9^Α του με αρ. πρωτ. 1437/24.02.2016 εγγράφου της ΣΕΡΚΟ.

⁶⁶¹ Βλ. σχετικά και την ΕΑ 237/III/2003, σύμφωνα με την οποία: «Η οργάνωση όμως του συστήματος διανομής μιας εταιρίας ανήκει στα κρίσιμα στοιχεία της επιχειρηματικής της ελευθερίας, η ίδια δε και μόνον αυτή είναι αρμόδια να καθορίσει τη μορφή που αυτό θα λάβει, είτε με εμπορικούς αντιπροσώπους είτε με ανεξάρτητους μεταπωλητές-διανομείς, έτσι ώστε να ανταποκρίνεται πληρέστερα προς τα επιχειρηματικά της συμφέροντα».

⁶⁶² Βλ. απόφαση Ε.Α. 364/V/2007 και επί αυτής εκδοθείσα απόφαση ΔιοικΕφΑθ 2057/2010. Βλ. επίσης ΕΑ 612/2015, σκ. 122-123. Χαρακτηριστική ιδίως η υπ' αριθ. 3123/2014 απόφαση ΣτΕ που δέχεται στην παρ. 21: «(.) ότι ο εκσυγχρονισμός και η αναδιάρθρωση των εσωτερικών διαδικασιών

468. Συνάμα, επαναλαμβάνεται ότι ο προμηθευτής μπορεί ελεύθερα να συμφωνήσει με το διανομέα ή τους διανομείς του ότι δεν θα διενεργεί ο ίδιος πωλήσεις, ενεργητικές ή και παθητικές, στην περιοχή που τους παραχωρεί, κατ' αποκλειστικότητα ή μη. Τούτο δεν θεωρείται ότι συνιστά περιορισμό που κατ' αντικείμενο θίγει τον ανταγωνισμό⁶⁶³.
469. Υπενθυμίζεται ότι η καταγγέλλουσα καταγγέλλει καταρχάς την GAMBRO για άρνηση εφοδιασμού της ΣΕΡΚΟ, οφειλόμενη σε σύμπραξη της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Συνοπτικά, ισχυρίζεται ότι, μετά τη λήξη ισχύος περί τα μέσα του 2010 της άτυπης σύμβασης της ΣΕΡΚΟ με την GAMBRO για την αποκλειστική διανομή ανταλλακτικών και την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων GAMBRO – κατόπιν εκατέρωθεν καταγγελίας της σύμβασης αυτής - η σταδιακά εκδηλούμενη άρνηση της GAMBRO να συνεχίσει να προμηθεύει η ίδια την καταγγέλλουσα με τα απαραίτητα για τη συνέχιση της δραστηριότητάς της ανταλλακτικά, πιστοποιητικά εξουσιοδοτημένου επισκευαστή και να της χορηγεί πρόσβαση σε τεχνικές πληροφορίες και η παραπομπή της καταγγέλλουσας στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ (οριστικά από τα μέσα του 2011), για την ικανοποίηση των ανωτέρω αιτημάτων της συνιστά αντι-ανταγωνιστική σύμπραξη μεταξύ της GAMBRO και της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με σκοπό τον εκτοπισμό της καταγγέλλουσας ΣΕΡΚΟ από την αγορά ανταλλακτικών/ υπηρεσιών μετά την πώληση, η οποία [σύμπραξη] αποδεικνύεται από την από 7-10.10.2003 σύμβαση μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, καθώς και από τις απαντήσεις της GAMBRO στα σχετικά αιτήματα της ΣΕΡΚΟ.
470. Ο ισχυρισμός αυτός της καταγγέλλουσας απαντήθηκε διεξοδικά ανωτέρω, όπου γίνεται παραπομπή προς αποφυγή επαναλήψεων, σε σχέση με τον όμοιο κατ' ουσίαν ισχυρισμό περί επιβολής στη ΣΕΡΚΟ, ως αποκλειστικής (πηγής) προμήθειας, την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ. Υπογραμμίζεται, συναφώς εκ νέου, ότι λαμβανομένων υπόψη συνδυαστικώς και των συμβατικών όρων περί απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών και εκείνων περί απαγόρευσης παθητικών πωλήσεων που έχουν συναφθεί μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, πράγματι αποτελεί αντικείμενο αντι-ανταγωνιστικής σύμπραξης η από μέρους του προμηθευτή - σε συμφωνία με τον εξουσιοδοτημένο διανομέα - άρνηση απευθείας εφοδιασμού και η παραπομπή των ανεξάρτητων εμπόρων - όπως ήταν η ΣΕΡΚΟ κατά το χρόνο υποβολής των αιτημάτων

μιας επιχείρησης (όπως είναι οι διάφορες υπηρεσίες "backoffice", μεταξύ αυτών και τα "logistics"), καθώς και η ανάπτυξη, στα πλαίσια αυτά, εσωτερικού συστήματος διακίνησης αγαθών μεταξύ κεντρικής αποθήκης και υποκαταστημάτων μιας επιχείρησης, έστω και δεσπόζουσας, ούτε συνιστούν, κατ' αρχήν, καθ' εαυτά ή κατά τεκμήριο, μορφές αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς ούτε εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο του δικαίου του ανταγωνισμού, εκτός αν θα προέκυπτε σκοπός ή αποτέλεσμα αντι-ανταγωνιστικής στεγανοποίησης της αγοράς, μέσω αντανάκλαστικών συνεπειών, που άγουν σε μεταβολή της δομής της, τέτοια, ώστε να παρεμποδίζεται η πρόσβαση των ανταγωνιστών της δεσπόζουσας επιχείρησης στις πηγές εφοδιασμού τους ή και η πρόσβαση των παραγωγών, και ιδίως των μικρών παραγωγών, στην αγορά επομένως βαθμίδος. Αντίστοιχα, η ελεύθερη επιλογή από μια επιχείρηση, έστω και δεσπόζουσα, της πηγής εφοδιασμού της για συγκεκριμένα αγαθά, μεταξύ πλειόνων ενδοσηματικών ανταγωνιστών, δεν θα έθετε, κατ' αρχήν, ζητήματα ενδεχόμενου περιορισμού του ανταγωνισμού παρά μόνο υπό αντίστοιχες προς τις ανωτέρω εκτεθείσες εξαιρετικές περιστάσεις. Εξάλλου, ζήτημα «αντικειμενικής δικαιολόγησης» μπορεί να τεθεί μόνο για μορφές συμπεριφοράς που κατ' αρχήν εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 102 ΣυνθΕΕ και των αντιστοίχων εθνικών διατάξεων. (...) Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, εφ' όσον, δηλαδή, οι ισχυρισμοί της αναιρεσείουσας δεν αφορούσαν βλάβη του ανταγωνισμού, αλλά του δικού της εμπορικού συμφέροντος, βλάβη η οποία ήταν συνέπεια του γεγονότος ότι, όπως διαπιστώθηκε, οι υπηρεσίες που προσέφερε στα πλαίσια της χονδρεμπορικής αγοράς δεν ήταν πλέον αναγκαίες, νομίμως, ανεξαρτήτως ειδικότερων αιτιολογιών, απερρίφθησαν οι ισχυρισμοί της με την σκέψη ότι η προαγωγή του ελεύθερου ανταγωνισμού «δεν συνίσταται και δεν αποσκοπεί στην διαιώνιση αντισοικονομικών δομών και σχέσεων σε βάρος των επιχειρήσεων και των καταναλωτών (...)» (παρ. 21 της απόφασης).

⁶⁶³ Frank Wijckmans Filip Tuytsschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford, ed. 2011, παρ. 4.65 και 4.148.

προμήθειας- στον αποκλειστικό διανομέα που έχει ορίσει ο προμηθευτής για μία περιοχή, ο οποίος είναι και ανταγωνιστής της ΣΕΡΚΟ με ό,τι αυτό προφανώς συνεπάγεται.

471. Εν προκειμένω, όπως αναλύθηκε εκτενώς ανωτέρω, η από μέρους της GAMBRO παραπομπή της ΣΕΡΚΟ ως ανεξάρτητου εμπόρου στον εξουσιοδοτημένο διανομέα για την ελληνική επικράτεια, ήτοι στην ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, μετά τη λύση λόγω καταγγελίας της μεταξύ τους άτυπης σύμβασης, ανάγεται σε συμφωνία του προμηθευτή (GAMBRO) και του διανομέα (ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ), περιλαμβανόμενη στην από 7-10.10.2003 μεταξύ τους σύμβαση αποκλειστικής διανομής, με περιεχόμενο να μην πραγματοποιεί ο πρώτος πωλήσεις στην περιοχή του δεύτερου, η οποία από μόνη της δεν συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού, υπό τον *sine qua non* όρο ότι δεν προκύπτει σκοπός ή αποτέλεσμα αντι-ανταγωνιστικής συμπεριφοράς. Όμως, ο αναγκαίος αυτός όρος δεν συντρέχει εν προκειμένω, δεδομένου ότι η ΣΕΡΚΟ στερήθηκε - λόγω των επιμέρους όρων της συμφωνίας αυτής και ιδίως του επίμαχου όρου περί απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών - εναλλακτικών πηγών προμήθειας των προϊόντων και σε συνδυασμό με την άρνηση της GAMBRO να την προμηθεύσει η ίδια απευθείας. Και τούτο διότι μόνη εναλλακτική πηγή προμήθειας, κατά την βούληση των GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αποτελεί στην περίπτωση αυτή, ο ίδιος ο εξουσιοδοτημένος διανομέας (ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ) που είναι όμως και βασικός ανταγωνιστής της ΣΕΡΚΟ στους διαγωνισμούς που διενεργούν για επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού σήματος GAMBRO τα δημόσια νοσοκομεία. Και μπορεί μεν να μην υπάρχει όρος στη σύμβαση μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ που να απαγορεύει στη δεύτερη να πωλεί ανταλλακτικά σε ανεξάρτητους παρόχους υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων στην ελληνική επικράτεια, όπως ήταν η ΣΕΡΚΟ, και να τους χορηγεί οποιαδήποτε βεβαίωση περί της επάρκειάς τους να διενεργήσουν τέτοια συντήρηση, ωστόσο είναι προφανές ότι όταν οι συγκεκριμένοι ανεξάρτητοι πάροχοι υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης είναι άμεσοι ανταγωνιστές της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην ελληνική επικράτεια και η συναλλαγή τους με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αποτελεί τεχνηέντως (δυνάμει των συμβατικών όρων που έχει επιβάλει η GAMBRO) αναγκαστικά μονόδρομο, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έχει προφανέστατο οικονομικό συμφέρον να τους προμηθεύει υπό δυσμενέστερους ή επαχθέστερους όρους (σε τιμή λιανικής αντί χονδρικής, για παράδειγμα)⁶⁶⁴, καθιστώντας δυσχερή όχι μόνο τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμούς, αλλά και αυτή την ίδια την επιβίωσή τους στη σχετική αγορά προϊόντος, μολονότι τυπικά και ουσιαστικά η ΣΕΡΚΟ εμφανίζεται να πληροί τις προϋποθέσεις για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών και πάντως από τη δικαστική διαμάχη μεταξύ των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων που τέθηκε υπόψιν της ΕΑ δεν προκύπτει αντίθετη διαπίστωση κάποιου δικαστηρίου επί του συγκεκριμένου ζητήματος. Φυσικά, εφαρμοζομένης και της αρχής της αναλογικότητας, δεν παραγνωρίζεται ότι η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ δεν είναι δυνατόν να προμηθεύει τη ΣΕΡΚΟ με τους ίδιους ακριβώς όρους που προμηθεύεται η ίδια από τη GAMBRO.

⁶⁶⁴ Διαφορετικό βεβαίως είναι το ζήτημα ότι μια επιχείρηση δεν είναι υποχρεωμένη να προμηθεύει με τους ίδιους όρους και στις τιμές που προμηθεύει τους διανομείς του δικτύου της όλους τους χονδρεμπόρους που θέλουν να προμηθεύονται τα προϊόντα της. Όπως έχει αποφανθεί η Ε.Α. σε προηγούμενες αποφάσεις της [Ε.Α. 612/2015, 122-123 και ΕΑ 490/2010, σκ. 30 και παραπομπές σε νομολογία και θεωρία], «πέραν του αποκλειστικού (ή απλού) δικτύου, μια επιχείρηση δεν είναι υποχρεωμένη να προμηθεύει με τους ίδιους όρους και στις τιμές που προμηθεύει τους διανομείς του δικτύου της όλους τους χονδρεμπόρους που θέλουν να προμηθεύονται τα προϊόντα της... Οι αποκλειστικοί χονδρέμποροι με τους οποίους συναλλάσσεται η επιχείρηση επιτελούν άλλη λειτουργία από εκείνη του τρίτου χονδρεμπόρου, δεσμεύονται από την απαγόρευση άσκησης ανταγωνισμού όσον αφορά στην πώληση άλλων σημάτων, βαρύνονται με έξοδα διαφημίσεως, διατηρούν αποθέματα, κατάλληλη υλικοτεχνική υποδομή κ.ά.».

472. Επομένως, ως προς τον ισχυρισμό της καταγγέλλουσας περί δυσμενέστερης τιμολόγησής της από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ κατά την προμήθεια ανταλλακτικών μετά το 2011, αυτός θα πρέπει να εξεταστεί υπό το ανωτέρω σκεπτικό, θεωρούμενος ως απόρροια της πρακτικής της GAMBRO για στεγανοποίηση της ελληνικής αγοράς, δυνάμει του συμβατικά προβλεπόμενου συνδυασμού απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών και του αναπόφευκτου περιορισμού του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, δυνάμει μάλιστα και της ύπαρξης των όρων που εντοπίστηκαν σε συμβάσεις της GAMBRO με διανομείς και σε άλλα Κράτη Μέλη κατά το διάστημα 2003-2015. Στο σημείο αυτό κρίνεται σκόπιμο να υπογραμμιστούν και τα εξής: Γενικά για την ανάλυση του περιεχομένου των συμβάσεων και εξ' επόμεως δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού, σκόπιμο και ορθό είναι να λαμβάνεται υπόψη το περιεχόμενο της υπό εξέταση σύμβασης στο σύνολό του και όχι μόνο το περιεχόμενο ενός μόνο όρου (ή κάποιων μεμονωμένα όρων) της σύμβασης. Επίσης, θα πρέπει να λαμβάνεται ταυτόχρονα υπόψη – όπου υπάρχει αυτή η δυνατότητα - και το περιεχόμενο άλλων αντίστοιχων συμβάσεων ίδιου τύπου και ίδιας χρονικής περιόδου (2003-2015 στην εξεταζόμενη περίπτωση), προκειμένου να έχει κανείς μια συνολική και πιο ξεκάθαρη εικόνα. Το περιεχόμενο της υπό εξέταση σύμβασης στο σύνολό του εκτιμάται ότι είναι ο μόνος παράγοντας που μπορεί με ασφάλεια να οδηγήσει στο συμπέρασμα αν το «μόρφωμα»⁶⁶⁵ που εξετάζεται δημιουργεί τελικά ή όχι πρόβλημα από πλευράς κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού. Υπό αυτή την έννοια το επιχείρημα ότι ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί συγκρίσιμη η θέση ενός εξουσιοδοτημένου και ενός ανεξάρτητου εμπόρου και κατά τούτο η προμήθεια της ΣΕΡΚΟ από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ με δυσμενέστερους οικονομικούς όρους σε σχέση με την προμήθεια της ίδιας της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ από την GAMBRO ή και την ΣΕΡΚΟ κατά το χρόνο που ήταν εξουσιοδοτημένος διανομέας, δεν μπορεί να θεωρείται περίπτωση εφαρμογής διακριτικής μεταχείρισης στο πλαίσιο του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ είναι απολύτως ανεδαφική, καθόσον είναι αποσπασματική, αφού παραλείπει να λάβει υπόψη ότι τα λοιπά κρίσιμα στοιχεία που εντοπίζονται στη σύμβαση της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ - ιδίως ο όρος περί απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών), ο αντίκτυπος του οποίου ούτως ή άλλως per se υπάρξει επιτείνεται και από τους όρους που εντοπίστηκαν σε ορισμένες συμβάσεις της GAMBRO⁶⁶⁶ για το διάστημα 2003-2015 με άλλους συνεργαζόμενους διανομείς σε διάφορα Κράτη Μέλη θεμελιώνουν συστηματική απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών/εξαγωγών επί πολλά έτη στην Ελληνική Επικράτεια, με συνέπεια τη γεωγραφική στεγανοποίηση αυτής⁶⁶⁷ και τελικά τη διακριτική τιμολόγηση, έκφραση της οποίας μόνο αποτελεί ο τρόπος τιμολόγησης στην οποία προβαίνει η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ έναντι της ΣΕΡΚΟ (δηλ. σε τιμές λιανικής).

⁶⁶⁵ Αυτή η ορολογία χρησιμοποιείται στην ελληνική νομολογία. Πρβλ. ενδεικτικά μόνο ΑΠ (Α1 Τμ.) 2103/2009, ΔΕΕ 8-9/2010, σελ. 939. Για παράδειγμα, μείζον ζήτημα έχει αποτελέσει για τη νομολογία, το εάν μία σύμβαση αποτελεί τελικά σύμβαση διανομής και όχι σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας (ή το αντίστροφο), καθώς γίνεται δεκτό ότι οι κίνδυνοι που αναλαμβάνει ο διανομέας ξεπερνούν τους κινδύνους εκείνους που απλώς απορρέουν από τη δραστηριότητα της παροχής υπηρεσιών εμπορικής αντιπροσωπείας γενικά. Αυτό όμως μπορεί να αξιολογηθεί με ασφάλεια, μόνο αν η σύμβαση εξεταστεί στο σύνολό της και όχι αν ληφθούν υπόψη μόνο κάποιοι όροι αυτής αποσπασματικά αξιολογούμενοι. Βλ. σχετικά παρ. 15 των Κατευθυντήριων γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς.

⁶⁶⁶ Επιτείνεται ιδίως από τον όρο «*DISTRIBUTOR shall not sell, and shall cause its Affiliates and Sub-distributor to not sell, Products outside the assigned Territory*» (μτφρ «*Ο ΔΙΑΝΟΜΕΑΣ δεν θα πωλεί και θα φροντίζει οι θυγατρικές του και οι Υποδιανομείς του να μην πωλούν, Προϊόντα εκτός της παραχωρηθείσας περιοχής*»), στις περιπτώσεις που αυτός εντοπίστηκε και ο οποίος αυτοτελώς εξεταζόμενος καταρχάς δεν είναι προβληματικός, αξιολογούμενος ωστόσο σε συνάρτηση με τη ρητή απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών που προβλέπεται στη σύμβαση GAMBRO/ ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για το διάστημα 2003-2015 αποκτά ένα διαφορετικό νόημα, ήτοι αντι-ανταγωνιστικό περιεχόμενο..

⁶⁶⁷ Όπως επιβεβαιώθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας και από τη μαρτυρία [...].

473. Αναφορικά με την άρνηση πώλησης ανταλλακτικών εκ μέρους του αρχικού προμηθευτή και ταυτόχρονα επιβολή υποχρέωσης προμήθειας ανταλλακτικών από τον τοπικό αποκλειστικό διανομέα μηχανημάτων στον οποίο ανατίθεται και η αποκλειστικότητα της διανομής των ανταλλακτικών και παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης, σημειώνονται τα εξής: Η πρακτική αυτή δεν είναι απλώς διακοπή συνεργασίας με την εταιρία ΣΕΡΚΟ (επ' ωφελεία μια άλλης επιχείρησης που ορίστηκε αποκλειστικός διανομέας ανταλλακτικών και αποκλειστικός πάροχος υπηρεσιών) που υπαγορεύεται από κάποια ορθολογικά κριτήρια εμπορικής πολιτικής, αλλά υποστηρίζει τη στεγανοποίηση της αγοράς ανταλλακτικών, καθόσον πραγματώνεται με αποκλεισμό κάθε άλλης πηγής προμήθειας ανταλλακτικών ακόμα και μέσω παράλληλων εισαγωγών από εξουσιοδοτημένους διανομείς σε άλλες χώρες του προμηθευτή, αποβλέποντας δια της γεωγραφικής στεγανοποίησης στη διατήρηση με τον τρόπο αυτό του άνισου (μη δίκαιου) επιπέδου τιμών πώλησης των ανταλλακτικών στη χώρα.
474. Επίσης, ως έκφανση τόσο της άμεσης όσο και της έμμεσης απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, είναι *per se* αντι-ανταγωνιστική η επιβολή στη ΣΕΡΚΟ υποχρέωσης προμήθειας σε ανταλλακτικά μόνο από τον τοπικό πάροχο (στεγανοποίηση αγοράς), σε συνάρτηση και με τη συμφωνημένη (από GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ) διακοπή προμήθειας/παροχής της ΣΕΡΚΟ σε ανταλλακτικά και εκπαίδευση εκ μέρους του αποκλειστικού τοπικού διανομέα. Υπό αυτό το πρίσμα, με βάση την ανωτέρω ανάλυση, η τελευταία αποτελεί κάθετη έκφανση της ως άνω περιγραφείσας *per se* απαγορευμένης σύμπραξης η οποία δεν μπορεί να τύχει απαλλαγής ατομικής ή ομαδικής, σύμφωνα με το άρθρο 4 β του κανονισμού 330/2010 [καθώς δεν εμπίπτει σε κάποια από τις εξαιρέσεις του άρθρου 4 β, (i έως iv) του εν λόγω κανονισμού]. Ως εκ τούτου, ο δια της μεθόδευσης της απαγόρευσης παράλληλου εμπορίου αποκλεισμός της ΣΕΡΚΟ από βασικές εισροές για την άσκηση της δραστηριότητάς της (αλλά και κάθε άλλου ενδιαφερόμενου τρίτου και βεβαίως της ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, όπως προέκυψε κατά την ακροαματική διαδικασία) είναι εμφανές ότι επηρεάζει τη δομή της αγοράς συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του οίκου GAMBRO και περιορίζει αισθητά τον ανταγωνισμό επί ζημιά των μονάδων υγείας (ιδίως του Δημοσίου) άμεσα, καθώς και των ασθενών και φορολογουμένων καταναλωτών ευρύτερα με τρόπο έμμεσο. Οι παραπάνω πρακτικές δεν πλήττουν μόνο το ιδιωτικό συμφέρον της καταγγέλλουσας επιχείρησης από πλευράς κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού, αλλά έχουν εμφανείς επιπτώσεις στη λειτουργία του ανταγωνισμού στην αγορά ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, καθώς γεωγραφικά τη στεγανοποιούν σε βαθμό ασφυκτικό, κατά τρόπο απόλυτο, ενώ ταυτόχρονα αποθαρρύνουν στοχευμένα τη δραστηριοποίηση ανεξάρτητων επισκευαστών στην αγορά ανταλλακτικών και επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ιδίως για τα δημόσια νοσοκομεία, όπου διενεργούνται δημόσιοι διαγωνισμοί. Υπό αυτό το πρίσμα, στην εξεταζόμενη περίπτωση, το χαρακτηριστικό και κυρίαρχο αποτέλεσμα των επίμαχων πρακτικών είναι η ενίσχυση της στεγανοποίησης της ελληνικής αγοράς ανταλλακτικών των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του σήματος GAMBRO. Και είναι σαφές ότι όταν χρησιμοποιείται η απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών/εξαγωγών για τον αποκλεισμό επιχείρησης από την παρεμφερή αγορά (όπου αυτή έχει ουσιώδη παρουσία και μερίδιο αγοράς) με αποτέλεσμα τη μονοπώλησή της (από τον τοπικό πάροχο) επί ζημιά του καταναλωτή/των δημοσίων νοσοκομείων στην προκειμένη περίπτωση, τότε είναι απολύτως αμφίβολο αν μπορεί να ευρεθεί αντικειμενική δικαιολογία που να προβληθεί για δικαιολόγηση της επίμαχης αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής, η οποία εν προκειμένω με βάση τα στοιχεία του φακέλου και τα όσα προέκυψαν στη διάρκεια της μακράς ακροαματικής

διαδικασίας εκτιμάται ότι δεν συντρέχει, παρά τους περί αντιθέτου ισχυρισμούς των GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ.

ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 2 ΤΟΥ Ν. 3959/2011 ΚΑΙ 102 ΣΛΕΕ

475. Επικαλούμενη το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ, η καταγγέλλουσα συγκεκριλαϊωτικά κατήγγειλε, επιπλέον, ότι η GAMBRO, από το έτος δε 2016 και η ανήκουσα στον ίδιο όμιλο με την GAMBRO, εταιρία ΜΠΑΞΤΕΡ, καθώς επίσης, μετά τα μέσα του 2011, και η εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, εκμεταλλεούμενες τη δεσπόζουσα θέση που κατέχουν σε δύο διακριτές σχετικές αγορές, ήτοι στην πρωτογενή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και στην δευτερογενή των ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής αυτών, α) αρνούνται να την προμηθεύσουν με ανταλλακτικά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και να της παράσχουν τις τεχνικές πληροφορίες και την επιμόρφωση που απαιτούνται για τη συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων, καθώς και τις αναγκαίες για τη συμμετοχή της σε διαγωνισμούς βεβαιώσεις πιστοποιημένου και εξουσιοδοτημένου παρόχου υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των μηχανημάτων, β) ότι παρεμποδίζουν τις παράλληλες εισαγωγές ανταλλακτικών και στεγανοποιούν την ελληνική αγορά ανταλλακτικών, συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, γ) ότι επιβάλλουν στην ίδια μη εύλογες τιμές αγοράς, καθώς και δ) μη εύλογους – αυθαίρετους και διακριτικούς όρους συναλλαγής.

476. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών της καταγγέλλουσας εξετάζεται ακολούθως η ενδεχόμενη συνδρομή της απαραίτητης για την εφαρμογή των προαναφερθεισών διατάξεων προϋπόθεσης της κατοχής δεσπόζουσας θέσης από μέρους των καταγγελλομένων επιχειρήσεων. Επαναλαμβάνεται ότι οι εταιρίες GAMBRO και BAXTER λογίζονται ως μία ενιαία οντότητα, καθώς η καταγγελλόμενη GAMBRO ουσιαστικά ενσωματώθηκε στον όμιλο επιχειρήσεων με απώτερη μητρική την «BAXTER INTERNATIONAL INC», ελεγχόμενο μέλος του οποίου είναι και η έτερη καταγγελλόμενη εταιρία ΜΠΑΞΤΕΡ. Από το 2016, η τελευταία, θυγατρική εταιρία του ομίλου, ανέλαβε τη λιανική πώληση του συστήματος προϊόντων GAMBRO.

Επί της ενδεχόμενης κατοχής δεσπόζουσας θέσης από τις καταγγελλόμενες

Θεωρητικό πλαίσιο ανάλυσης

477. Η δεσπόζουσα θέση μίας επιχείρησης εξετάζεται πάντοτε σε σχέση με ορισμένη αγορά, η οποία οριοθετείται τόσο ως προς τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες, όσο και ως προς την γεωγραφική της διάσταση. Υπενθυμίζεται δε η ιδιαίτερη υποχρέωση όλων των επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση να αποφεύγουν να παρεμποδίζουν με τη συμπεριφορά τους την άσκηση πραγματικά ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά.⁶⁶⁸

478. Μία επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση τόσο κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 3959/2011, όσο και κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, όταν κατέχει θέση οικονομικής ισχύος που της επιτρέπει να εμποδίζει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και της επιτρέπει να συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και τελικά τους καταναλωτές.⁶⁶⁹ Σημασία δεν έχει η υποκειμενική

⁶⁶⁸ Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις [ΕΕ C 45/7, της 24.02.2009], παρ. 1 και παρ. 20 εδ. α.

⁶⁶⁹ Βλ. Ζιάμου, σε Β. Σκουρή, Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, 2003, σελ. 716. Βλ. επίσης αποφάσεις ΔΕΕ, υπόθ. 78/70 *Deutsche Grammophon κατά*

πρόθεση, ούτε η πραγματική παρακώλυση του ανταγωνισμού, αλλά η αντικειμενική δυνατότητα μίας τέτοιας παρακώλυσεως. Συνεπώς, θα πρέπει να αναζητηθεί αν οι καταγγελλόμενες εταιρίες κατέχουν ατομικά ή από κοινού στην οικεία αγορά θέση οικονομικής ισχύος που αντικειμενικά τους παρέχει τη δυνατότητα να παρακωλύουν τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, συμπεριφερόμενες σε σημαντικό βαθμό *ανεξάρτητα* από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες τους και τελικά τους καταναλωτές.

479. Σύμφωνα με την πάγια θέση τόσο της θεωρίας⁶⁷⁰ όσο και της νομολογίας, η διαπίστωση της δεσπόζουσας θέσης εξαρτάται από τους εξής παράγοντες:

Μερίδιο αγοράς της επιχείρησης:

480. Αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι, εφόσον η θέση της επιχείρησης στην αγορά είναι μονοπωλιακή ή σχεδόν μονοπωλιακή (ποσοστά της τάξης του 80% - 100%), τότε η θέση αυτή είναι αρκετή για την απόδειξη δεσπόζουσας θέσης.⁶⁷¹ Αντιθέτως, η ενδεχόμενη ολιγοπωλιακή δομή της αγοράς, στην οποία η επιχείρηση κατέχει μερίδιο της τάξης του 40% - 50% δεν αποτελεί από μόνη της επαρκή ένδειξη δεσπόζουσας θέσης και επομένως απαιτούνται συμπληρωματικές ενδείξεις για τη διαπίστωσή της.⁶⁷² Κατά πάγια θέση της ευρωπαϊκής νομολογίας «*εξαιρετικά υψηλά μερίδια αγοράς αποτελούν αυτοτελώς, με την εξαίρεση εκτάκτων περιστάσεων, απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης*».⁶⁷³ Επιπροσθέτως, στην ευρωπαϊκή νομολογία έχει τονιστεί ότι όσο μεγαλύτερη είναι η δεσπόζουσα θέση μιας επιχείρησης τόσο μεγαλύτερη είναι και η υποχρέωση αποφυγής παρεμπόδισης, και, ως εκ τούτου, είναι πιθανότερη σε αυτή την περίπτωση η παρεμποδιστική συμπεριφορά εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης να θεωρηθεί καταχρηστική. Ενδεικτικά μόνο αναφέρεται ότι στην υπόθεση *Compagnie Maritime Belge Transports*⁶⁷⁴ το ΔΕΕ υπενθύμισε ότι η διαπιστωθείσα κρίσιμη συμπεριφορά προερχόταν από μία κοινοπραξία με μερίδιο αγοράς άνω του 90% στη σχετική αγορά και μόλις έναν ανταγωνιστή.⁶⁷⁵ Επίσης, στις

Επιτροπής Συλλ. 1971 σ. 487, υπόθ. 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1973 σ. 313, υπόθ. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV* κατά *Επιτροπής* Ειδ. Ελλην. Συλλ. σ. 75, παρ.65, υπόθ. 85/76 *Hoffmann-La Roche* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1979 σ. 461, παρ.38-39.

⁶⁷⁰ Βλ. Ζιάμου, ό.π.

⁶⁷¹ Βλ. σχετικά απόφαση ΔΕΕ, υπόθ. 81/76 *Hoffman – La Roche* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1979 σ. 461 (521).

⁶⁷² Βλ. σχετικά αποφάσεις ΔΕΕ, υπόθ. C-30/95 *Γαλλική Δημοκρατία κατά Επιτροπής* Συλλ. 1998 σ. I-1375, παρ. 227, και υπόθ. C-309/99 *J.C.J. Wouters κ.ά. κατά Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* Συλλ. 2002, σ. I-1577.

⁶⁷³ Βλ. ενδεικτικά απόφαση Γενικού Δικαστηρίου, υπόθ. T-228/97 *Irish Sugar Plc* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1999 σ. II-2969, παρ. 70. Επίσης, οι Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές *Hilti* αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις [ΕΕ C45/7, της 24.02.2009], στην παρ. 15 αναφέρουν σχετικά ότι «*όσο υψηλότερο είναι το μερίδιο αγοράς και όσο μεγαλύτερη είναι η χρονική περίοδος που κατέχεται το μερίδιο αυτό, τόσο πιθανότερο είναι να συνιστά σημαντική προκαταρκτική ένδειξη για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης και, σε ορισμένες περιπτώσεις, για την ύπαρξη πιθανών σοβαρών επιπτώσεων καταχρηστικής συμπεριφοράς, ώστε να δικαιολογείται παρέμβαση της Επιτροπής βάσει του άρθρου 82*». Για τη σχέση δε μεταξύ του βαθμού της δεσπόζουσας θέσης και τη διαπίστωση της κατάχρησης, ενδιαφέρουσες είναι ιδίως οι αποφάσεις ΔΕΕ, συνεκδ. υποθ. C-395/96 P και C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge και Dafra-Lines* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 2000 σ. I-1365, παρ. 119, υπόθ. 85/76 *Hoffmann-La Roche* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1979 σ. 461, παρ. 59· αποφάσεις Γενικού Δικαστηρίου, υπόθ. T-228/97 *Irish Sugar* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 1999 σ. II-2969, παρ. 186, υπόθ. T-30/89 *AG κατά Επιτροπής* Συλλ. 1991 σ. II-1439, παρ. 92, υπόθ. T-83/91 *Tetra Pak International SA* κατά *Επιτροπής (Tetra Pak II)* Συλλ. 1994 σ. II-755, παρ. 109.

⁶⁷⁴ Συνεκδ. υποθ. C-395/96 P και C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge και Dafra-Lines* κατά *Επιτροπής* Συλλ. 2000 σ. I-1365.

⁶⁷⁵ Παρ. 199.

Κατευθύνσεις για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ⁶⁷⁶ αναφέρεται ότι «όσο ισχυρότερη είναι η δεσπόζουσα θέση τόσο μεγαλύτερη είναι η πιθανότητα ότι η συμπεριφορά για την προστασία της θέσης αυτής οδηγεί σε αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό».⁶⁷⁷

481. Επομένως, για την εκτίμηση περί της κατοχής ή μη δεσπόζουσας θέσης από μία επιχείρηση, λαμβάνονται συνδυαστικά υπόψη πολλοί και διαφορετικοί παράγοντες, οι οποίοι, εξεταζόμενοι μεμονωμένα, δεν είναι αναγκαία καθοριστικοί⁶⁷⁸. Κατά κύριο λόγο λαμβάνεται υπόψη η διάρθρωση της αγοράς, από την οποία εκπορεύονται δυνητικά ανταγωνιστικοί περιορισμοί για την επιχείρηση, και ιδίως οι ακόλουθες παράμετροι⁶⁷⁹: α) το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης, β) το ποσοστό συμμετοχής άλλων ανταγωνιστών στην αγορά⁶⁸⁰ και γ) τα εμπόδια εισόδου δυνητικών ανταγωνιστών στη σχετική αγορά.
482. Τα μερίδια αγοράς παρέχουν έναν χρήσιμο δείκτη σχετικά με τη διάρθρωση της αγοράς, τη θέση και τη σπουδαιότητα των διαφόρων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην αγορά αυτή. Η σημασία των μεριδίων αγοράς μπορεί να είναι διαφορετική σε κάθε αγορά ανάλογα με τη δομή της, εντούτοις τα ιδιαίτερος σημαντικά μερίδια αγοράς, συνιστούν, καθαυτά, πλην εξαιρετικών περιπτώσεων, τεκμήρια για την απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης στην αγορά⁶⁸¹.
483. Ειδικότερα, γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι μερίδιο αγοράς που υπερβαίνει το 50% για ικανό διάστημα - για παράδειγμα άνω των τριών ετών - αποτελεί καθαυτό, πλην εξαιρετικών περιστάσεων, απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης στην αγορά⁶⁸². Σύμφωνα με τη σχετική νομολογία, τόσο υψηλά μερίδια της επιχείρησης επαρκούν ως αποδείξεις κατοχής δεσπόζουσας θέσης, ενώ άλλες ενδείξεις συνεκτιμώνται συμπληρωματικά, προς ενίσχυση του ήδη, βάσει των μεριδίων, εξαχθέντος συμπεράσματος.
484. Ένδειξη κατοχής δεσπόζουσας θέσης εκπορεύεται και από τη συγκέντρωση μικρότερων μεριδίων στην οικεία αγορά, μεταξύ 40% και 50%, ωστόσο, στην περίπτωση αυτή, πρέπει να διαπιστώνεται σε συνδυασμό η συνδρομή πρόσθετων κρίσιμων παραμέτρων. Μεταξύ των ισχυρών ενδείξεων που συνεκτιμώνται ιδιαίτερη

⁶⁷⁶ Ο.π.

⁶⁷⁷ Βλ. επίσης απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, *Football World Cup* ΕΕ 2000 L 5/55, παρ. 86.

⁶⁷⁸ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978 σελ. 207, σκ. 65-66, ΔΕΕ C-250/92, *Goettrup-Klim κατά Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*, Συλλ. 1994, σελ. 5641, σκ. 47 και ΔΕφαΘ 2265/2010, σκ. 30.

⁶⁷⁹ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978 σελ. 207, σκ. 2.

⁶⁸⁰ Για τη σημασία του εν λόγω κριτηρίου, βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ, υπόθ. 85/76 *Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής* Συλλ. 1979 σ. 461, παρ. 38-40, 48, υπόθ. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV κατά Επιτροπής* Ειδ. Ελλην. Συλλ. σ. 75, παρ. 66-67. Βλ. επίσης απόφαση Γενικού Δικαστηρίου, υπόθ. T-219/99 *British Airways plc κατά Επιτροπής* Συλλ. 2003 σ. Π-5917. Γίνεται δεκτό ότι, εφόσον το ποσοστό που κατέχει η υπό εξέταση επιχείρηση είναι περίπου ισοδύναμο με τα ποσοστά των άλλων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, τότε το μερίδιο αγοράς δεν μπορεί να αποτελέσει επαρκή ένδειξη δεσπόζουσας θέσης, καθώς καμία από τις δραστηριοποιούμενες επιχειρήσεις δεν δύναται να στηρίζεται αποκλειστικά στο μερίδιο αγοράς που κατέχει, προκειμένου να συμπεριφέρεται χωρίς να υπολογίζει τις αντιδράσεις των ανταγωνιστών της.

⁶⁸¹ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕφαΘ 2265/2010 σκ. 30, ΔΕφαΘ 2116/2004, σκ. 7, ΔΕφαΘ 1983/2010, σκ.4, ΔΕΕ 85/76, *Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1979, σελ 461, σκ. 39-41. ΔΕΕ C-62/86 *AKZO κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. I-3359, σκ. 60, ΓενΔΕΕ T-30/89 *Hilti κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. Π-1439, σκ. 90.

⁶⁸² Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-62/86, *AKZO κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. I-3359, σκ. 60-61. Στην εν λόγω υπόθεση η προσφεύγουσα επιχείρηση κρίθηκε ότι είχε δεσπόζουσα θέση επειδή κατείχε σταθερό επί τριετία μερίδιο αγοράς 50%, διαπίστωση που ενισχύθηκε από το γεγονός ότι επρόκειτο για εταιρία με τεχνολογικό προβάδισμα και πρωτοπορία στην αγορά. Βλ. επίσης ΓενΔΕΕ T- 228/97, *Irish Sugar κατά Επιτροπής*, παρ. 70, ΔΕφαΘ. 2265/2010, σημ. 30, Ε.Ε. COMP/37.990/13.5.2009 *Intel*, σκ. 852.

σημασία αποδίδεται στο τμήμα της αγοράς που κατέχουν οι ανταγωνιστές της επιχείρησης, διότι τούτο επιτρέπει την εκτίμηση της ανταγωνιστικής τους ικανότητας και συνακόλουθα των πιέσεων που δέχεται η υπό εξέταση επιχείρηση⁶⁸³. Έχει πολλάκις κριθεί από τη νομολογία ότι στην περίπτωση που το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης είναι κατά πολύ μεγαλύτερο, είτε σε σχέση με το επιμέρους μερίδιο του πλησιέστερου των ανταγωνιστών της, είτε σε σχέση με τα μερίδια των αμεσότερων ανταγωνιστών της συναθροιζόμενα, τότε οι μεγάλες αυτές αποκλίσεις αποτελούν ισχυρή ένδειξη κατοχής δεσπόζουσας θέσης, ακόμη και όταν η επιχείρηση που ελέγχεται δεν διαθέτει συντριπτικά μερίδια αγοράς⁶⁸⁴.

485. Μικρά μερίδια αγοράς αποτελούν εν γένει μια αξιόπιστη ένδειξη για την απουσία σημαντικής ισχύος στην αγορά. Η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν θεωρείται πιθανή εάν το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης είναι χαμηλότερο του 40%, πλην ειδικών περιπτώσεων⁶⁸⁵.

486. Αναφορικά με τη δεύτερη παράμετρο για τη θεμελίωση της δεσπόζουσας θέσης, ήτοι τη θέση των άλλων ανταγωνιστών στην αγορά, γίνεται δεκτό ότι όταν το ποσοστό που κατέχει η υπό εξέταση επιχείρηση είναι περίπου ισοδύναμο με τα ποσοστά των άλλων επιχειρήσεων που δρουν στην ίδια αγορά, τότε το μερίδιο αγοράς δεν μπορεί να αποτελέσει επαρκή ένδειξη δεσπόζουσας θέσης, γιατί καμία από τις μετέχουσες επιχειρήσεις δεν μπορεί να στηρίζεται αποκλειστικά στο μερίδιο αγοράς που κατέχει για να ενεργεί, χωρίς να υπολογίζει τις αντιδράσεις των ανταγωνιστών της. Όταν όμως η υπόλοιπη αγορά είναι κατακερματισμένη σε πληθώρα ανταγωνιστών, τότε μπορεί να θεωρηθεί ως δεσπόζουσα μια επιχείρηση με μικρό ποσοστό, αφού κανένας από τους ανταγωνιστές της δεν κατέχει μερίδιο αγοράς αρκετό, ώστε να συνιστά απειλή για τη δεσπόζουσα επιχείρηση⁶⁸⁶.

487. Αναφορικά με την ύπαρξη εμποδίων επέκτασης ή/και εισόδου σε μία αγορά γίνεται δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία ότι για τη σχετική διαπίστωση συνεκτιμώνται στοιχεία που αφορούν στα τυχόν νομικά εμπόδια εισόδου, στα τεχνολογικά και εμπορικά πλεονεκτήματα που απολαμβάνει η εξεταζόμενη επιχείρηση, οι οικονομίες κλίμακας που πραγματοποιεί, η ύπαρξη σημαντικά αρτιότερου εμπορικού δικτύου πωλήσεων και διανομής, η οικονομική της δύναμη και το εκτεταμένο φάσμα των προϊόντων της⁶⁸⁷, οι μεγάλες επενδύσεις που έχει πραγματοποιήσει και είναι δύσκολο να αντιστοιχηθούν από πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές, τα καθιερωμένα σήματα φήμης που χρησιμοποιεί⁶⁸⁸ κ.α. Η ύπαρξη φραγμών εισόδου συνιστά μία συμπληρωματική και επικουρική, κατά κανόνα, ένδειξη δεσπόζουσας θέσης⁶⁸⁹ σε μία συγκεκριμένη αγορά και δύναται να εμποδίσει ή

⁶⁸³ ΔΕΕ 85/76, *Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1979, σελ. 461 σκ. 48.

⁶⁸⁴ Βλ. ενδεικτικά υπόθεση ΔΕΕ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978 σελ. 207, σκ. 108-129: στην εν λόγω υπόθεση η επιχείρηση που κρίθηκε ότι κατείχε δεσπόζουσα θέση διέθετε μερίδιο αγοράς 40-45%, ποσοστό που ήταν σχεδόν διπλάσιο από τον πλησιέστερο ανταγωνιστή της. Βλ. επίσης ΓενΔΕΕ T-219/99, *British Airways plc κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. II-5917, σκ. 210-211: τα μερίδια αγοράς της προσφεύγουσας στην εν λόγω υπόθεση κυμαίνονταν κατά την διάρκεια των ετών αναφοράς μεταξύ 40-45%, ενώ οι ανταγωνιστές της διέθεταν καθένας ποσοστά μεταξύ 2-7% της σχετικής αγοράς. Βλ. επίσης απόφαση ΔΕΦΑθ. 2265/10, σκ. 29-30.

⁶⁸⁵ Βλ. Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, ΕΕ 2009, C 45/7, σκ. 14.

⁶⁸⁶ Βλ. ενδεικτικά υπόθεση ΔΕΕ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978 σελ. 207, σκ. 252.

⁶⁸⁷ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ C-322/81 *Michelin κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1983 σελ. 3461, σκ. 55

⁶⁸⁸ Βλ. απόφαση ΔΕΦΑθ. 2265/2010, σημ.29, ΔΕΕ 27/76 *United Brands κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1978 σελ. 207, σκ. 93.

⁶⁸⁹ Για τα εμπόδια εισόδου, βλ. Γ. Κατσουλάκο, Μικρο-Οικονομική Πολιτική. Μέτρα και εφαρμογές, τυπωθήτω, 1998, σελ. 181. Πρβλ. επίσης V. Mertikopoulou, *The proposed economic reform of Article 82 from a legal point of view*, in "Abuse of Dominance" Proceedings of the 1st European Conference in

να καταστήσει πολλές φορές αδύνατη την ανάπτυξη δυναμικού ανταγωνισμού.⁶⁹⁰ Ιδίως το τεχνολογικό «κεφάλαιο» μίας επιχείρησης, τα σήματα φήμης (brand names), που χρησιμοποιεί, και το οργανωμένο δίκτυο διανομής της συνιστούν σημαντικά εμπόδια εισόδου στην αγορά. Ενδεικτικώς, το ΔΕΕ στην υπόθεση *United Brands*⁶⁹¹ θεώρησε την ανάγκη πραγματοποίησης ευρείας κλίμακας διαφημιστικής καμπάνιας ως εμπόδιο εισόδου.

488. Η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης έχει αντικειμενικό χαρακτήρα, καταλαμβάνει δε τη συμπεριφορά δεσπόζουσας επιχείρησης η οποία είναι σε θέση να επηρεάσει τη δομή μίας αγοράς όπου, λόγω ακριβώς της υπάρξεως της εν λόγω επιχειρήσεως, ο βαθμός του ανταγωνισμού είναι ήδη μειωμένος και η οποία έχει ως συνέπεια την παρεμπόδιση της διατήρησης του υφιστάμενου ακόμα στην αγορά επιπέδου ανταγωνισμού ή της αναπτύξεώς του, με την προσφυγή σε μέσα διαφορετικά εκείνων που διέπουν τον φυσιολογικό ανταγωνισμό επί των προϊόντων ή υπηρεσιών βάσει των παροχών των επιχειρηματιών. Ως εκ τούτου, η συμπεριφορά μίας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση δύναται να θεωρηθεί καταχρηστική ανεξάρτητα από την υπαιτιότητα ή μη της δεσπόζουσας επιχείρησης.
489. Με βάση την πάγια ευρωπαϊκή νομολογία, η επιβολή υποχρεώσεων αποκλειστικότητας από μία επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, είναι σφόδρα πιθανό να συνιστά παράβαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Σύμφωνα με τη θέση του ΔΕΕ στην υπόθεση *Hoffmann-La Roche*, «μία επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μία αγορά και δεσμεύει αγοραστές –ακόμη και αν το πράττει μετά από δικό τους αίτημα– με μία υποχρέωση ή υπόσχεση εκ μέρους τους ότι θα προμηθεύονται το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των αναγκών τους αποκλειστικά από τη συγκεκριμένη επιχείρηση καταχράται τη δεσπόζουσα θέση της, σύμφωνα με το άρθρο [102 ΣΛΕΕ]», ανεξαρτήτως του αν η εν λόγω υποχρέωση αποκλειστικού εφοδιασμού συμφωνήθηκε χωρίς περαιτέρω παροχές ή σε αντάλλαγμα χορηγούμενης έκπτωσης.
490. Κατά πάγια ευρωπαϊκή νομολογία, οι ρήτρες αποκλειστικής αγοράς, όταν επιβάλλονται από δεσπόζουσες επιχειρήσεις, από τη φύση τους κατατείνουν στη διατήρηση και/ ή ενίσχυση του δεσμού εξάρτησης που υφίσταται μεταξύ της δεσπόζουσας επιχείρησης και των πελατών της. Τέτοιου είδους υποχρεώσεις παρεμποδίζουν τον αγοραστή να επιλέξει τις πηγές εφοδιασμού του, δυσχεραίνουν την πρόσβαση νέων ανταγωνιστών στη βαθμίδα του προμηθευτή (αφού δυσχεραίνεται η συνεργασία τους με τους διανομείς των προϊόντων, άρα η πρόσβασή τους στα δίκτυα διανομής), αποτρέπουν την περαιτέρω επέκταση των υφιστάμενων ανταγωνιστών και επιτρέπουν στη δεσπόζουσα επιχείρηση να διατηρήσει και να ενισχύσει τη δεσπόζουσα θέση της στην αγορά. Τα ανωτέρω ισχύουν, τόσο στην περίπτωση που οι εν λόγω υποχρεώσεις συμφωνούνται με διανομείς, όσο και στην περίπτωση που επιβάλλονται σε πελάτες.
491. Προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 ΣΛΕΕ (και 2 του ν. 3959/2011) σε τέτοιου είδους υποχρεώσεις δεν απαιτείται να αποδειχθεί ο πραγματικός αντίκτυπος των εν λόγω πρακτικών στην αγορά. Οι ρήτρες αποκλειστικότητας από τη φύση τους έχουν τη δυνατότητα στεγανοποίησης της αγοράς. Δεν απαιτείται, συνεπώς, να αποδειχθεί αν ο σκοπούμενος αποκλεισμός των ανταγωνιστών όντως

Competition and Regulation, July 2006, (ed. By Y. Katsoulacos) p. 101, η οποία παρατηρεί χαρακτηριστικά τα εξής: “[...] dominance is not synonymous with the abuse. With regard to foreclosure, the percentage of market foreclosed is certainly not the only thing that matters – foreclosure should be seen as interference in the competitive process in a dynamic dimension with regard to how much competition, access, opportunities is foreclosed”.

⁶⁹⁰ Βλ. σχετικά και υπ' αριθμ. 350/V/2007 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

⁶⁹¹ υπόθ. 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV κατά Επιτροπής* Συλλ. 1978, σελ. 207, παρ. 122.

έλαβε χώρα, ποιο είναι το ποσοστό της αγοράς που δεσμεύεται από τις υπό εξέταση ρήτρες αποκλειστικότητας, αν δημιουργούνται σημαντικά εμπόδια στην είσοδο και επέκταση στην αγορά μελλοντικών ή υφιστάμενων ανταγωνιστών κλπ, κριτήρια που θα ήταν καταρχάς δόκιμα υπό το πρίσμα του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Και τούτο διότι, λόγω ακριβώς της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει ο προμηθευτής, ο ανταγωνισμός στην εν λόγω αγορά είναι ήδη περιορισμένος και η δομή αυτής μη φυσιολογική. Η πραγματικότητα αυτή αναγνωρίζεται και στις Κατευθυντήριες Γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς όπου ρητά γίνεται διαχωρισμός μεταξύ επιχειρήσεων χωρίς και με δεσπόζουσα θέση, για την περίπτωση δε των τελευταίων αναφέρεται ότι «Οι επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση δεν επιτρέπεται να επιβάλλουν υποχρεώσεις μη άσκησης ανταγωνισμού στους αγοραστές τους, εκτός αν μπορούν να επικαλεσθούν αντικειμενικές δικαιολογίες για την αιτιολόγηση μιας τέτοιας εμπορικής πρακτικής με γνώμονα το άρθρο 82.».

492. Σύμφωνα με τις Κατευθύνσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, «[...] θα ήταν όμως λανθασμένο να καταλήξουμε αυτομάτως στο συμπέρασμα ότι όλες οι υποχρεώσεις αποκλειστικής αγοράς, λαμβανόμενες από κοινού, είναι συνολικά επωφελείς για τους πελάτες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που δεν προμηθεύονται από την επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, και των τελικών καταναλωτών. Η Επιτροπή θα εστιάσει την προσοχή της στις περιπτώσεις εκείνες που είναι πιθανό ότι δεν προκύπτει ωφέλεια για τους πελάτες στο σύνολό τους. Αυτό συμβαίνει ιδίως όταν υπάρχουν πολλοί πελάτες και οι υποχρεώσεις αποκλειστικής αγοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης, λαμβανόμενες από κοινού, έχουν ως αποτέλεσμα να εμποδίζεται η είσοδος ή η επέκταση ανταγωνιστικών επιχειρήσεων» και τότε πρόκειται προφανώς για την περίπτωση εκείνη κατά την οποία εγείρονται και τα σοβαρότερα αντι-ανταγωνιστικά ζητήματα.

493. Αν η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης δικαιολογείται αντικειμενικά, τότε συνάγεται ότι η εν λόγω συμπεριφορά δε συνιστά κατάχρηση, και ως εκ τούτου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ. Κατά την εφαρμογή των εν λόγω άρθρων τόσο από τις αρχές ανταγωνισμού όσο και από τα δικαστήρια εξετάζονται τυχόν ισχυρισμοί που προβάλλονται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση, σύμφωνα με τους οποίους η συμπεριφορά της είναι δικαιολογημένη. Έως σήμερα φαίνεται να γίνονται δεκτοί από την ευρωπαϊκή πρακτική και νομολογία αντικειμενικοί λόγοι που εδράζονται σε δυο βασικές γραμμές επιχειρηματολογίας, ήτοι στο ότι η εν λόγω πρακτική συνιστά θεμιτή επιχειρηματική συμπεριφορά ή στο ότι αποβλέπει στην εξυπηρέτηση ενός θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος ή εδράζεται σε παράγοντες εξωτερικούς προς τη δεσπόζουσα επιχείρηση.

494. Στην απόφαση British Plaster Board το Γενικό Δικαστήριο κατέληξε ότι «[...] ναι μεν η δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να στερήσει μια επιχείρηση που βρίσκεται σε τέτοια θέση από το δικαίωμα να διαφυλάξει τα εμπορικά της συμφέροντα, όταν αυτά απειλούνται, και πρέπει να της αναγνωρισθεί, σε λογικό μέτρο, το δικαίωμα να προβαίνει στις ενέργειες που κρίνει κατάλληλες για να προστατεύσει τα εν λόγω συμφέροντα, πλην όμως είναι ανεπίτρεπτες τέτοιες ενέργειες όταν αποσκοπούν ακριβώς στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης και στην κατάχρησή της»⁶⁹².

Σε κάθε περίπτωση, το βάρος απόδειξης φέρει η δεσπόζουσα επιχείρηση. Σε αυτό το πλαίσιο, με βάση την αρχή της αναλογικότητας, η όποια επιχειρηματολογία θα πρέπει να είναι ειδική και συγκεκριμένη, εξετάζεται δε σε ποιο βαθμό η υπό κρίση συμπεριφορά είναι απαραίτητη και ανάλογη με το στόχο που υποτίθεται ότι επιδιώκει η δεσπόζουσα επιχείρηση.

⁶⁹² T-65/89, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1993 σελίδα II-00389, παρ. 117.

Μη διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης από τις καταγγελλόμενες στην ενιαία αγορά μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης/ επισκευής

495. Από την ενδελεχή ανάλυση που προηγήθηκε, προκύπτει ότι η αγορά μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι ενιαία και περιλαμβάνει την αγορά μηχανημάτων HD, τα ανταλλακτικά τους και τις υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης αυτών.
496. Περαιτέρω από την ανάλυση των στοιχείων που συγκεντρώθηκαν για το ύψος του κύκλου εργασιών και των μεριδίων όλων των δραστηριοποιούμενων στην ως άνω σχετική αγορά επιχειρήσεων προέκυψε ότι οι καταγγελλόμενες εταιρίες κατά την εξεταζόμενη περίοδο, δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση στην ως άνω αγορά.
497. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τα προεκτεθέντα στοιχεία, κατά την περίοδο των ετών 2008-2015 που εξετάστηκε εν προκειμένω, η GAMBRO, στην αγορά χονδρικής πώλησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και ανταλλακτικών αυτών, όπου δραστηριοποιείται, δεν κατείχε παρά μόνο το έτος 2008 το υψηλότερο μερίδιο αγοράς στην ελληνική επικράτεια. Ειδικότερα, το μερίδιό της παρουσίασε έντονες διακυμάνσεις και κυμάνθηκε από [25-35]% (2008) έως [5-10]% (2015), με σαφή πτωτική τάση κατά την πάροδο των ετών αυτών. Ο πλησιέστερος ανταγωνιστής της, η πλήρως καθετοποιημένη εταιρία FRESINIUS, διαθέτει κατά την ίδια περίοδο μερίδια αγοράς που κυμαίνονται από [10-15]% έως [35-45]% (κατά το έτος 2012), με σοβαρή ανοδική τάση κατά τη διάρκεια της περιόδου. Τα μερίδια αυτά είναι τα υψηλότερα της αγοράς κατά το μείζον διάστημα της περιόδου αναφοράς.
498. Η σαφής αυτή εικόνα για την ισχύ των δύο βασικότερων επιχειρήσεων στην αγορά δεν ανατρέπεται ουσιωδώς κατά τη διετία 2016-2017, κατά την οποία η καταγγελλόμενη GAMBRO ενσωματώθηκε στον όμιλο της «BAXTER INTERNATIONAL INC», ο οποίος δραστηριοποιείται πλέον, από το 2016, και στην αγορά λιανικής, για τη διανομή των σχετικών προϊόντων (μηχανημάτων, ανταλλακτικών), αλλά και για την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μέσω της θυγατρικής του ομίλου, εταιρίας ΜΠΑΞΤΕΡ, η οποία αντικατέστησε την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ στη ίδια αγορά. Όπως προκύπτει από τα διαθέσιμα στοιχεία που αφορούν στην αγορά λιανικής του συστήματος τεχνητού νεφρού HD, η θέση της ΜΠΑΞΤΕΡ υπολείπεται σημαντικά έναντι των ανταγωνιστών της, καθώς κατά τα έτη 2016-2017 πραγματοποίησε κύκλο εργασιών που υπολείπεται έναντι των πωλήσεων που κατά το προηγούμενο έτος 2015 πραγματοποιήθηκε για τα προϊόντα GAMBRO από την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ (κατά ποσοστό ανώτερο του [45-50]%), αλλά και έναντι των ανταγωνιστών της. Σημειώνεται ότι το μερίδιο της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ για το έτος 2015 υπολογίζεται, βάσει του κύκλου εργασιών της στην αγορά του συστήματος τεχνητού νεφρού HD, σε ~ [10-15]%. Συνεπώς, το στοιχείο αυτό περί των πωλήσεων της ΜΠΑΞΤΕΡ κατά τα έτη 2016-2017 παρέχει ισχυρή ένδειξη ότι το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης κυμάνθηκε σε ποσοστά κατώτερα του [10-15]%, ήτοι σε επίπεδο που δεν δύναται να θεμελιώσει δεσπόζουσα θέση στην αγορά.
499. Κατά συνέπεια, η υπό εξέταση καταγγελλόμενη GAMBRO, η οποία για τα έτη μετά το 2016 λογίζεται ως ενιαία οντότητα με την επίσης καταγγελλόμενη ΜΠΑΞΤΕΡ, δεν συγκεντρώνει, ούτε διατηρεί κατά την περίοδο αναφοράς το υψηλότερο μερίδιο της αγοράς, αλλά το μερίδιο της υπολείπεται κατά τα περισσότερα έτη κατά [...] και πλέον μονάδες του πλησιέστερου ανταγωνιστή της, αλλά ακόμη και του 30%, στοιχείο που από μόνο του παρέχει απόδειξη ότι η επιχείρηση δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά.
500. Περαιτέρω, ως προς την ανεξάρτητη έναντι της GAMBRO, επιχείρηση ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΙΟΝΤΑ, όπως προκύπτει από τα προεκτεθέντα στοιχεία, κατά την περίοδο των ετών μετά το 2011 και μέχρι το 2015 που ενδιαφέρει εν προκειμένω, κατά το οποίο η

καταγγελλόμενη ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, ως δραστηριοποιούμενη στην ενιαία αγορά μηχανημάτων σήματος GAMBRO, ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής αυτών, καταγγέλλεται για πρακτικές κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης, δεν κατείχε παρά μόνο το έτος 2014 υψηλότερο, έναντι του πλησιέστερου ανταγωνιστή της MEDIPRIME (FREZENIUS), μερίδιο αγοράς στην ελληνική επικράτεια. Ειδικότερα, το μερίδιό της κατά τα έτη που δραστηριοποιήθηκε στην εν λόγω ενιαία αγορά παρουσίασε αυξομειώσεις και αυξήθηκε από το [15-25% (2011) σε [25-35% (2014), για να μειωθεί κατόπιν σε [10-15% (2015). Ο πλησιέστερος ανταγωνιστής της, η εταιρία FRESENIUS⁶⁹³, διαθέτει κατά την ίδια περίοδο μερίδια αγοράς που κυμαίνονται από [15-25% (2011) το κατώτερο, έως [35-45% (κατά το έτος 2015) το ανώτερο, με σοβαρή ανοδική τάση κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς. Τα μερίδια αυτά είναι τα υψηλότερα της αγοράς κατά το μείζον διάστημα της περιόδου αναφοράς. Σημειώνεται επίσης ότι κατά τα έτη 2011 και 2012 το μερίδιο της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, βάσει του κύκλου εργασιών που πραγματοποίησε στην ενιαία αγορά HD υπολειπόταν και του μεριδίου της επίσης δραστηριοποιούμενης στην εν λόγω αγορά καταγγέλλουσας ΣΕΡΚΟ.

Συνεπώς, οι υπό εξέταση επιχειρήσεις υπό το πρίσμα της ενιαίας αγοράς μηχανημάτων, ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης/ επισκευής δεν συγκεντρώνουν, ούτε διατηρούν έκαστη κατά την περίοδο αναφοράς το υψηλότερο μερίδιο της αγοράς, αλλά το μερίδιο καθεμιάς υπολείπεται κατά τα περισσότερα έτη του πλησιέστερου ανταγωνιστή της, του αθροίσματος των δύο πλησιέστερων ανταγωνιστών της καθ' όλα τα έτη αναφοράς, αλλά ακόμη και του 30%, στοιχείο που από μόνο του παρέχει απόδειξη ότι η επιχείρηση δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά.

501. Ενόψει των ανωτέρω, δεν διαπιστώνεται η κατοχή δεσπόζουσας θέσης από τις καταγγελλόμενες εταιρίες στην ως άνω ορισθείσα αγορά και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέταση του ζητήματος της τυχόν καταχρηστικότητας της συμπεριφοράς τους και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της καταγγέλλουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

Μη διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης από τις καταγγελλόμενες ακόμη και σε περίπτωση διάκρισης των συνδεδεμένων αγορών

Θεωρητικό πλαίσιο

502. Όπως προελέχθη, με βάση τη θεωρία, τη νομολογία, αλλά και την ενωσιακή πρακτική, όταν αξιολογούνται συνδεδεμένες αγορές πρωτογενών και δευτερογενών προϊόντων/υπηρεσιών, είναι δυνατόν να οριοθετείται μία ενιαία αγορά που τις συμπεριλαμβάνει ως δέσμη προϊόντων/υπηρεσιών, εξετάζοντας τις αλληλεπιδράσεις μεταξύ τους στη βάση συγκεκριμένων κριτηρίων και παραμέτρων που αναπτύχθηκαν ενδελεχώς ανωτέρω.
503. Πρέπει επιπλέον να υπογραμμισθεί ότι στο πλαίσιο υποθέσεων που αξιολογούνται υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και αφορούν σε μετά-αγορές ή δευτερογενείς αγορές (aftermarkets), ακόμη κι αν κατά το στάδιο της οριοθέτησης των σχετικών αγορών προκριθεί ως καταλληλότερη μία «κλασική» προσέγγιση - δηλαδή μία μεθοδολογία, η οποία δεν λαμβάνει υπόψη, κατά το στάδιο της οριοθέτησης των αγορών, την αλληλεξάρτηση μεταξύ τους και καταλήγει έτσι σε διάκριση των αγορών κύριου και δευτερεύοντος προϊόντος/υπηρεσίας - η τυχόν αλληλεξάρτηση των διακριτών αυτών αγορών και συγκεκριμένα η επίπτωση που επιφέρουν οι μεταβολές στην τιμή των δευτερογενών προϊόντων επί των πωλήσεων των πρωτογενών

⁶⁹³ Για το σήμα της οποίας σημειώτεον ότι εντοπίστηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας ανεξάρτητος επισκευαστής που δραστηριοποιείται σε ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές και τον οποίο η FRESENIUS έχει πιστοποιήσει.

προϊόντων σταθμίζεται αναγκαία κατά το επόμενο στάδιο εκτιμήσεως, ήτοι κατά το στάδιο της αξιολόγησης περί κατοχής ή μη δεσπόζουσας θέσης και επηρεάζει καταλυτικά τη σχετική εκτίμηση⁶⁹⁴.

504. Συγκεκριμένα, κατά το στάδιο της διαπίστωσης ή μη δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης που δραστηριοποιείται σε παράγωγες αγορές, ακόμη κι αν αυτές οριοθετούνται ως διακριτές, ανακύπτει αναπόδραστα το ερώτημα κατά πόσο μία επιχείρηση, η οποία δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά του πρωτογενούς προϊόντος, θα μπορούσε να κατέχει μία τέτοια θέση στην - μάλλον περιορισμένη - αγορά του συμπληρωματικού/δευτερεύοντος προϊόντος, όπου διαθέτει σημαντικά μερίδια⁶⁹⁵. Στο πλαίσιο της ενωσιακής νομολογίας και πρακτικής, τα κριτήρια και οι παράμετροι που αξιοποιούνται για τη σχετική αξιολόγηση είναι κατ' ουσίαν αντίστοιχα προς εκείνα που αναλύθηκαν ενδελεχώς ανωτέρω για την εξαγωγή συμπεράσματος αναφορικά με το ενιαίο ή μη της αγοράς των επίμαχων, πρωτογενών και δευτερογενών, προϊόντων και εφαρμόστηκαν σε σειρά ενωσιακών αποφάσεων, οι οποίες προαναφέρθηκαν στο οικείο κεφάλαιο και αφορούν σε μετα-αγορές. Στις εν λόγω αποφάσεις, ανάλογα με τις ειδικότερες περιστάσεις της κάθε υπόθεσης, άλλοτε διαπιστώθηκε κι άλλοτε αποκλείστηκε η κατοχή δεσπόζουσας θέσης στη δευτερογενή αγορά⁶⁹⁶.
505. Ειδικότερα, η θεμελίωση της δεσπόζουσας θέσης συνέχεται αναγκαία και προϋποθέτει την εκτίμηση κατά πόσο μία επιχείρηση μπορεί πράγματι να ασκήσει την αυξημένη ισχύ που προσιδιάζει σε μία τέτοια θέση σε μία δεδομένη αγορά. Ως εκ τούτου, σε περιπτώσεις μετα-αγορών, αν τυχόν αναμένεται ότι μία αύξηση τιμών στη δευτερογενή αγορά θα προκαλέσει εντός ευλόγου χρόνου αρνητικές επιπτώσεις στις πωλήσεις του πρωτογενούς προϊόντος - καθώς αρκετοί καταναλωτές δύνανται να στραφούν σε πρωτογενή προϊόντα άλλου σήματος προκειμένου να αποφύγουν την αύξηση - κρίνεται ότι η υπό εξέταση επιχείρηση δεν διαθέτει και δεν μπορεί να ασκήσει στη δευτερογενή αγορά την ισχύ που προσιδιάζει στη δεσπόζουσα θέση. Έτσι, εάν μία τέτοια επιδείνωση των πωλήσεων στην αγορά του πρωτογενούς προϊόντος και κατ' αποτέλεσμα μία απώλεια μεριδίου είναι εφικτή, αυτή εκτιμάται ότι συνιστά απειλή ικανή να χαλιναγωγήσει τη συμπεριφορά της επιχείρησης στη

⁶⁹⁴ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Discussion paper on the application of art. 102 TFEU to exclusionary abuses, 2005, παρ. 247-263, ιδίως παρ. 247 και 251, στην οποία αναφέρεται ρητώς «*if an aftermarket consisting of the secondary products of one brand of primary product has been found to constitute a relevant product market, a dominant position in such a market can only be established after analysis of the competition on both the aftermarket and the primary market*».

⁶⁹⁵ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, XXVη Έκθεση επί της πολιτικής ανταγωνισμού (1995), παρ. 86. Βλ. και Μελέτη του OECD με θέμα «*Competition issues in aftermarkets*», ιδίως «*Background note by the Secretariat*» της 20/06/2017 - DAF/COMP (2017)2, ενότητα 3.2, δημοσιευμένη στη σελίδα [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)2/en/pdf)

⁶⁹⁶ Βλ. ιδίως, ως προς τις υποθέσεις στις οποίες η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέληξε σε μη διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης τις εξής αποφάσεις: Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Επιστολή Απόρριψης της 22.09.1999, Υπόθεση IV/34.330- *Pelican/Kyocera*. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Επιστολή Απόρριψης της 07.01.1999, Υπόθεση IV/E 2/36.431- *Info- Lab/Ricoh*, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση στην υπόθεση COMP/C-3/39.391 *EFIM*, η οποία επαληθεύθηκε από τις αποφάσεις του ΓενΔΕΕ T-296/09, *EFIM κατά Επιτροπής* Συλλ. 2011, σελ. II-425 και του ΔΕΕ C-56/12P, *EFIM κατά Επιτροπής*, δημοσιευμένη ηλεκτρονικά ECLI:EU:C:2013:575. Ως προς τις υποθέσεις στις οποίες η Επιτροπή έκρινε ότι πιθανολογείται δεσπόζουσα θέση και κατάχρησή της, βλ. τις εξής αποφάσεις ανάληψης δεσμεύσεων: Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση *Novo Nordisk*, δημοσιευμένη στην XXVI Έκθεση για την Πολιτική Ανταγωνισμού (1996), παρ. 62, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση *Digital*, IP/97/868 (Δελτίο Τύπου της 10.10.1997), Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση στην υπόθεση COMP/39.692 - *IBM Maintenance Services*.

- δευτερογενή αγορά, συνεπώς η διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης αποκλείεται, παρά τα υψηλά μερίδια αγοράς της επιχείρησης στην παράγωγη αυτή αγορά⁶⁹⁷.
506. Όπως προελέχθη, το αναλυτικό πλαίσιο που ανέπτυξε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή για την αξιολόγηση της δεσπόζουσας θέσης σε δευτερογενείς αγορές (after-markets) διαμορφώθηκε καταρχήν στην υπόθεση *Pelican/Kyocera*⁶⁹⁸, διαπλάσθηκε περαιτέρω μέσα από την εφαρμογή του και σε άλλες υποθέσεις που αφορούσαν στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ σε συνδεδεμένες αγορές, μεταξύ των οποίων και στην υπόθεση *EFIM*, οπότε και υιοθετήθηκε από την ενωσιακή νομολογία και παραμένει γνωστό ως «*EFIM test*»⁶⁹⁹.
507. Η οικονομικής φύσης ανάλυση που εισάγει το “test” επιδιώκει να απαντήσει με βάση τις ιδιαίτερες περιστάσεις κάθε υπόθεσης, κατά πόσο ο καταναλωτής μπορεί να παγιδευτεί και να γίνει αντικείμενο εκμετάλλευσης στη δευτερογενή αγορά (lock-in effect). Η σχετική ανάλυση – η οποία οδηγεί σε κατάφαση ή μη της δεσπόζουσας θέσης- συνέχεται α) με το βαθμό αλληλεξάρτησης μεταξύ πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς και β) με τις συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά του κύριου προϊόντος, οι οποίες επηρεάζουν την αντίδραση των καταναλωτών του αρχικού εξοπλισμού σε περίπτωση εκμεταλλευτικής συμπεριφοράς⁷⁰⁰.
508. Με βάση τα τέσσερα ειδικότερα κριτήρια της νομολογίας EFIM, προκειμένου να αξιολογηθεί αν οι οριοθετηθείσες ως διακριτές αγορές είναι ωστόσο σημαντικά αλληλοεξαρτώμενες, εξετάζεται ιδίως: α) εάν οι καταναλωτές μπορούν, όταν προβαίνουν στην αγορά του κύριου προϊόντος, να λάβουν μία ορθολογική απόφαση, έχοντας ενημερωθεί για το συνολικό κόστος αγοράς καθ’ όλη τη διάρκεια της ζωής του προϊόντος (whole life cost) και β) κατά πόσο είναι πιθανό να προβούν, πράγματι, σε μία τέτοια ορθολογική επιλογή. Περαιτέρω, προκειμένου να αξιολογηθεί αν οι συνθήκες ανταγωνισμού στην αρχική αγορά επιτρέπουν στον καταναλωτή να μεταπηδήσει σε άλλο πρωτογενές προϊόν σε περίπτωση που η τιμή του δευτερογενούς προϊόντος αυξηθεί σημαντικά εξετάζεται: γ) εάν σε περίπτωση προφανούς εκμεταλλευτικής αύξησης της τιμής του δευτερογενούς προϊόντος ένας σημαντικός αριθμός πελατών θα μετέβαλλε την αγοραστική του συμπεριφορά στην αγορά του πρωτογενούς προϊόντος (switching costs) και δ) κατά πόσο η μεταπήδηση αυτή σε άλλο κύριο προϊόν μπορεί να γίνει εντός ευλόγου χρόνου⁷⁰¹.
509. Σύμφωνα με την θέση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, εφόσον η απάντηση στα ανωτέρω κριτήρια είναι σε όλα καταφατική, η θεμελίωση δεσπόζουσας θέσης στην δευτερογενή αγορά αποκλείεται. Σε περίπτωση που είναι αρνητική σε κάποιο από τα κριτήρια αυτά, τούτο δεν οδηγεί αυτομάτως σε διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης, αλλά

⁶⁹⁷Βλ. Συμβολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Note) της 13/06/2017 στη Μελέτη του OECD με θέμα «*Competition issues in aftermarket*», δημοσιευμένη στη σελίδα [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)3/en/pdf), παρ. 12-18. Βλ. και Α. Κομνηνός- Ι. Λιανός σε *Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Επ. Επιμ. Δ. Τζουγανάτος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 153-154.

⁶⁹⁸ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Επιστολή Απόρριψης της 22.09.1999, Υπόθεση IV/34.330- *Pelican/Kyocera*.

⁶⁹⁹ ΓενΔΕΕ T-296/09, *EFIM κατά Επιτροπής*, ό.π., σκ. 60-92, η οποία επαληθεύτηκε με την απόφαση ΔΕΕ C-56/12P, *EFIM κατά Επιτροπής*, ό.π.

⁷⁰⁰ Βλ. τη Συμβολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Note) της 13/06/2017 στη Μελέτη του OECD με θέμα «*Competition issues in aftermarket*» - DAF/COMP (2017)2, δημοσιευμένη στη σελίδα [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)3/en/pdf), ό.π.

⁷⁰¹ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Επιστολή Απόρριψης της 07.01.1999, Υπόθεση IV/E 2/36.431- *Info-Lab/Ricoh*, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, 37 επ., Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση στην υπόθεση COMP/C-3/39.391 *EFIM*, σκ. 16.

απαιτείται προσεκτική ανάλυση πέρα από τα ανωτέρω βασικά κριτήρια της νομολογίας EFIM⁷⁰².

510. Η ανωτέρω προσέγγιση της νομολογίας απηχείται και στο «Σχέδιο Διαβούλευσης της Γενικής Δ/σης Ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε καταχρηστικές πρακτικές αποκλεισμού» του 2005⁷⁰³, καθώς και στις Κατευθυντήριες Γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς του 2010⁷⁰⁴, όπως προελέχθη.
511. Για την προσέγγιση των πιο πάνω κριτηρίων λαμβάνονται υπόψη στοιχεία από τα οποία προκύπτει η πραγματική δυνατότητα και το ενδιαφέρον του καταναλωτή να προϋπολογίσει το συνολικό κόστος αγοράς του αρχικού εξοπλισμού, καθ' όλη τη διάρκεια της ζωής του, συμπεριλαμβανομένου δηλαδή και του κόστους αγοράς των αναγκαίων για τη διατήρηση του σε λειτουργία δευτερογενών προϊόντων/υπηρεσιών (whole life cost), καθώς και στοιχεία για τη διάρκεια ζωής του κύριου προϊόντος, αλλά και για τους σχετικούς περιορισμούς και τα εμπόδια που υφίστανται για τον καταναλωτή, όπερ συνδέεται με το εάν πρόκειται για εξειδικευμένους και απαιτητικούς αγοραστές που μπορούν να έχουν καλή σχετική πληροφόρηση, εάν υπάρχει διαφάνεια ως προς τις τιμές των προϊόντων της δευτερογενούς αγοράς, εάν πρόκειται για επιχειρήσεις ή τελικούς καταναλωτές, στοιχεία για το κόστος αγοράς των δευτερογενών προϊόντων σε σχέση προς το κόστος αγοράς του κύριου προϊόντος, αλλά και προς το κόστος αντικατάστασής του, ο βαθμός του ανταγωνισμού στην αγορά του πρωτογενούς προϊόντος, τα χαμηλά ή υψηλά εμπόδια μεταπήδησης σε άλλο κύριο προϊόν κ.α.
512. Σε όλες τις υποθέσεις που απασχόλησαν την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στις οποίες δεν διαπιστώθηκε δεσπόζουσα θέση, παρά τα ιδιαίτερος υψηλά μερίδια αγοράς στη διακριτή δευτερογενή αγορά και παρά την ολιγοπωλιακή δομή της πρωτογενούς αγοράς σε ορισμένη περίπτωση⁷⁰⁵, διαπιστώθηκαν ισχυροί δεσμοί αλληλεξάρτησης μεταξύ κύριου και παράγωγου προϊόντος⁷⁰⁶.
513. Περαιτέρω σε σχέση με την εφαρμογή των κριτηρίων που αφορούν στις συνθήκες ανταγωνισμού στην κύρια αγορά, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και η διάκριση μεταξύ υφιστάμενης πελατειακής βάσης, δηλαδή μεταξύ παλιών πελατών, οι οποίοι έχουν ήδη προβεί σε αγορά του κύριου προϊόντος και μελλοντικών, υποψήφιων αγοραστών. Οι μελλοντικοί αγοραστές, μέσω σταθμίσεων σχετικά με το συνολικό κόστος καθ' όλη τη διάρκεια ζωής του προϊόντος που πρόκειται να αγοράσουν και συγκρίσεων τιμών ανάμεσα σε προϊόντα διαφορετικών προμηθευτών δύνανται να προστατευθούν από τυχόν αυξήσεις τιμών, ενώ οι παλιοί πελάτες είναι δυνατόν να είναι εγκλωβισμένοι στην ήδη πραγματοποιηθείσα αγορά του κύριου προϊόντος και η υπό εξέταση επιχείρηση να μπορεί να προβεί σε διακριτική τιμολόγηση μεταξύ των δύο διακριτών ομάδων πελατών. Ωστόσο, εφόσον διαπιστωθεί ότι δεν υπάρχουν

⁷⁰² Βλ. Συμβολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Note) της 13/06/2017 στο OECD «*Competition issues in aftermarket*», ο.π., παρ. 21-22 - DAF/COMP (2017)2, δημοσιευμένη στη σελίδα [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)3/en/pdf), παρ. 12-18.

⁷⁰³ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Discussion paper on the application of art. 102 TFEU to exclusionary abuses, 2005, παρ. 243 επ.

⁷⁰⁴ Ανακοίνωση της Επιτροπής - Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ΕΕ C 130, 19/05/2010, παρ. 91. Πρβλ. και Ανακοίνωση της Επιτροπής- Συμπληρωματικές κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με τους κάθετους περιορισμούς σε συμφωνίες για την πώληση και επισκευή αυτοκινήτων οχημάτων και για τη διανομή ανταλλακτικών αυτοκινήτων οχημάτων ΕΕ 2010 C 138/5, παρ. 57.

⁷⁰⁵ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση COMP/C-3/39.391 EFIM, σκ. 23.

⁷⁰⁶ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Υπόθεση IV/34.330- Pelican/Kyocera, παρ. 62, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση IV/E 2/36.431- Info- Lab/Ricoh, παρ. 47-48, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση COMP/C-3/39.391 EFIM, σκ. 25.

σοβαρά περιθώρια διακριτικής τιμολόγησης μεταξύ παλαιών και νέων πελατών, οι παλαιοί πελάτες θα πρέπει να θεωρούνται προστατευμένοι από τυχόν εκμεταλλευτική σε βάρος τους τιμολόγηση⁷⁰⁷.

Εφαρμογή στην κρινόμενη περίπτωση

514. Από την επισκόπηση των ανωτέρω κριτηρίων της ενωσιακής νομολογίας και πρακτικής για τη θεμελίωση δεσπόζουσας θέσης σε δευτερογενείς αγορές διαπιστώνεται ότι η σχετική μεθοδολογία σκοπό έχει να διερευνήσει τυχόν υφιστάμενους ισχυρούς δεσμούς μεταξύ πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς και για το λόγο αυτό είναι αντίστοιχη και συναφής προς την ανάλυση που είναι αναγκαία για την οριοθέτηση των σχετικών αγορών σε υποθέσεις τέτοιας φύσης.
515. Ενόψει των πραγματικών περιστατικών και των στοιχείων που αφορούν στην υπό εξέταση υπόθεση, οι δεσμοί μεταξύ του αρχικού εξοπλισμού και των μετα-αγορών ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης διερευνήθηκαν, υπό το πρίσμα των ανωτέρω κριτηρίων, ενδελεχώς στο οικείο κεφάλαιο περί σχετικής αγοράς⁷⁰⁸. Όπως εκεί προεκτέθηκε, δεν μπορεί να παραγνωρισθεί η προκύπτουσα από τα διαθέσιμα στοιχεία ισχυρή αλληλεπίδραση και οι ισχυροί δεσμοί που διαμορφώνονται μεταξύ κύριου προϊόντος και παραγώγων, σε επίπεδο πραγματικών συνθηκών στην αγορά, διαπιστώσεις που υποστηρίζουν το ήδη εξαχθέν συμπέρασμα ότι τα εν λόγω προϊόντα και υπηρεσίες συναποτελούν μία ενιαία αγορά συστήματος προϊόντων και υπηρεσιών, το οποίο και επιβεβαιώθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας.
516. Εξάλλου, ακόμη και εάν γίνει δεκτό ότι συντρέχει λόγος διάκρισης των αγορών, για παράδειγμα γενομένου δεκτού του επιχειρήματος της καταγγέλλουσας περί δραστηριοποίησης ανεξάρτητων επιχειρήσεων μόνο στη δευτερογενή αγορά⁷⁰⁹ (ήτοι ΣΕΡΚΟ και ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ για τα δημόσια νοσοκομεία⁷¹⁰, καθώς και ορισμένοι άλλοι ανεξάρτητοι επισκευαστές δραστηριοποιούμενοι μόνο σε ιδιωτικά νοσοκομεία/κλινικές), όπως προέκυψε και στη διάρκεια της ακροαματικής

⁷⁰⁷ Για ενδελεχή ανάλυση των ανωτέρω παραμέτρων, βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Discussion paper on the application of art. 102 TFEU to exclusionary abuses, 2005, παρ. 251-263.

⁷⁰⁸ Βλ. ανωτέρω.

⁷⁰⁹ Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ως σοβαρή ένδειξη υπέρ της διάκρισης των αγορών το γεγονός ότι ορισμένοι επιχειρηματίες είναι εξειδικευμένοι και ασκούν δραστηριότητες στη διάθεση μόνο του πρωτογενούς ή του δευτερογενούς προϊόντος (ΓενΔΕΕ T-30/89, *Hilti κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1991, σελ. II-1439, σκ. 67, ΓενΔΕΕ T-427/08, *CEAHR κατά Επιτροπής*, ο.π., σκ. 112, ΓενΔΕΕ T-86/95 *Companie Generale Maritime κατά Επιτροπής* Συλλ. 2002, σελ. II-1011, σκ. 128-129).

⁷¹⁰ Βλ. χαρακτηριστικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 93 («Α. ΔΡΙΤΣΑ: Μας είπατε όμως ότι σε κάποιες περιπτώσεις γίνονται και μεταγενέστεροι διαγωνισμοί μόνο για τη συντήρηση, σας ρώτησε η Επιτροπή.

[...]: Στα μηχανήματα τα οποία έχουν περάσει αυτή δεκαετή δέσμευση.

Α. ΔΡΙΤΣΑ: Μάλιστα. Σ' αυτούς τους διαγωνισμούς ποιοι κατεβαίνουν;

[...]: Για την εταιρία BAXTER εννοείτε;

Α. ΔΡΙΤΣΑ: Ναι.

[...]: Η εταιρία ΣΕΡΚΟ και η εταιρία ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ.», Βλ. και κατάθεση μάρτυρα [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 43] («Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Δεύτερη ερώτηση. Στις συμβάσεις συντηρήσεως που υπογράφουν οι συντηρητές, είστε εσείς, είναι και η ΣΕΡΚΟ, είναι και ο ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ, σωστά;

[...]: Ναι.

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Μάλιστα. Στις δημόσιες συμβάσεις.

[...]: Τι εννοείτε ότι είναι; Είμαστε μαζί όλοι;

Α. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: Αναλαμβάνουμε συμβάσεις συντηρήσεως.

[...]: Λαμβάνουμε μέρος στους διαγωνισμούς.»).

διαδικασίας⁷¹¹, ακόμη και στην περίπτωση αυτή η συνδρομή των ίδιων κρίσιμων πραγματικών περιστατικών και τα συμπεράσματα της ανάλυσης των ίδιων παραμέτρων που παρατέθηκαν στο κεφάλαιο περί ενιαίας σχετικής αγοράς, θα οδηγούσαν, στο παρόν στάδιο της αναγκαίας για την εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ θεμελίωσης της κατοχής δεσπόζουσας θέσης, τουλάχιστον σε αμφιβολία αναφορικά με τη διαπίστωση για το εάν πράγματι οι καταγγελλόμενες επιχειρήσεις κατέχουν ή όχι τέτοια θέση στις δευτερογενείς αγορές, υπό το πρίσμα της νομολογίας ΕΦΙΜ.

517. Προς αποφυγή επαναλήψεων, επιχειρείται στο στάδιο αυτό μία συγκεκριμένη παράθεση των βασικών σχετικών επιχειρημάτων που αναπτύχθηκαν στην οικεία ενότητα υπέρ της ενιαίας σχετικής αγοράς και στα οποία ερείδεται επίσης το συμπέρασμα υπέρ της μη κατοχής δεσπόζουσας θέσης από μέρους των καταγγελλομένων.

518. Ως προς το βαθμό αλληλεξάρτησης μεταξύ της κύριας αγοράς του μηχανήματος αιμοδιύλισης και των μετα-αγορών ανταλλακτικών και υπηρεσιών επισκευής/συντήρησής τους διαπιστώθηκε ότι, σύμφωνα με τα διαθέσιμα στοιχεία, το κόστος της παροχής υπηρεσιών μετά την πώληση, υπολογιζόμενο στον εκτιμώμενο κύκλο ζωής του μηχανήματος, ανέρχεται σε πολύ σημαντικό ποσοστό του συνολικού κόστους, οι δε πελάτες των καταγγελλομένων, ήτοι τα δημόσια και ιδιωτικά

⁷¹¹ Βλ. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 62-63 («Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Ο [...] τι κάνει; Επακριβώς πείτε μου τη δραστηριότητά του.

[...]: Αυτόνομα κάνει συντήρηση σ' αυτές τις ιδιωτικές κλινικές που σας είπα.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ιδιωτικές κλινικές που;

[...]: [...]...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] σας ρώτησα.

[...]: [...], ένα λεπτάκι. Είναι [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...], ιδιωτικές κλινική.

[...]: Ναι, είναι ιδιωτικές κλινικές.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: [...] τι κάνει;

[...]: Και αυτός κάνει συντηρήσεις.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Πού;

[...]: Στη Μονάδα Χρόνιας Αιμοκάθαρσης [...] και στη Μονάδα [...].

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Η MEDI-VALPAN τι κάνει;

[...]: Κάνει συντηρήσεις σε ιδιωτικές κλινικές στη Θεσσαλονίκη και απ' όσο γνωρίζω κάνει...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Σε ποιες;

[...]: Δεν γνωρίζω επακριβώς. Και απ' όσο...

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Δηλαδή γνωρίζετε ότι κάνει σε ιδιωτικές κλινικές, αλλά δεν ξέρετε σε ποιες;

[...]: Να απαντήσω; Μπορώ;

ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΕΚΤΟΣ ΜΙΚΡΟΦΩΝΟΥ

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Όχι, με ικανοποιεί, για να 'μια ειλικρινής, αλλά...

[...]: Στη Μονάδα [...] και η MEDI-VALPAN.

Δ. ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΣ: Μάλιστα. Δεν έχω άλλη ερώτηση.»).

Βλ. επίσης κατάθεση του ίδιου μάρτυρα, σύμφωνα με τον οποίο (σελ. 64) «[...]: Βρεθήκαμε και με της ΑΡΙΤΙ τους συντηρητές και με της MEDIPRIME. Εκεί υπάλληλος της MEDIPRIME, ο κ. [...], μας είπε ότι η εταιρία MEDI-VALPAN κάνει επισκευές σε [...] σε ιδιωτικές κλινικές που έχουνε [...] μηχανήματα. Ο ίδιος κύριος μας είπε ότι έχει ζητήσει η MEDI-VALPAN του κ. [...] εκπαίδευση από το εργοστάσιο της [...] και δέχτηκε το εργοστάσιο της [...]. Δηλαδή αυτή είναι η πηγή που γνωρίζω εγώ.». Από το συγκεκριμένο κομμάτι της κατάθεσης του εν λόγω μάρτυρα, το οποίο δεν αμφισβητήθηκε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, συνάγεται η ύπαρξη ανεξάρτητου επισκευαστή (MEDI-VALPAN) σε ιδιωτικές κλινικές για περισσότερα του ενός σήματα (GAMBRO/ [...]). Βλ. και το με αρ. πρωτ. 311/20.05.2019 συμπληρωματικό υπόμνημα της ΒΑΧΤΕΡ, παρ. 77, όπου αναφέρεται η ύπαρξη ιδιωτικού συμφωνητικού προμήθειας προϊόντων παραχώρησης χρήσης συνοδού εξοπλισμού και τεχνικής υποστήριξης της MEDI-VALPAN με την ΜΠΑΞΤΕΡ, σύμφωνα με το οποίο θα παραχωρείτο στην εταιρεία MEDI-VALPAN εντός δώδεκα μηνών από την υπογραφή του συμφωνητικού συγκεκριμένος αριθμός μηχανημάτων HD ώστε αυτή να διενεργεί συνεδρίες αιμοδιύλισης την τεχνική υποστήριξη των οποίων ανέλαβε η ΜΠΑΞΤΕΡ.

νοσοκομεία (καθόσον δεν διακρίνονται οι δύο αγορές⁷¹²), ως αγοραστές όλου του πακέτου των προϊόντων και υπηρεσιών, είναι εξειδικευμένοι και απαιτητικοί, ενδιαφέρονται και δύνανται να υπολογίζουν λεπτομερώς το κόστος αυτό, το οποίο όχι μόνο πράγματι πληροφορούνται, αλλά προδιαγράφουν για ολόκληρη την προσδόκιμη διάρκεια λειτουργίας του, καθώς το συνολικό κόστος, συμπεριλαμβανομένων των ανταλλακτικών, της επισκευής και συντήρησης, είναι από τα πλέον καθοριστικά κριτήρια για τα νοσοκομεία κατά την επιλογή μηχανήματος. Ειδικότερα, στην περίπτωση των δημόσιων νοσοκομείων, με τη διενέργεια διαγωνισμών δημοσίων προμηθειών, οι οποίοι διενεργούνται μάλιστα με νόμιμο κριτήριο την συμφερότερη τιμή⁷¹³, το κόστος αυτό (whole life cost) προδιαγράφεται κατ' ανώτατο όριο, καθώς το νοσοκομείο ζητά και λαμβάνει σχετικές δεσμευτικές προσφορές από τον προμηθευτή για τις υπηρεσίες μετά την πώληση, κατά το χρόνο της αγοράς του πρωτογενούς προϊόντος, για διάστημα που κατά κανόνα υπερβαίνει τον ενδεικνυόμενο κατά τον κατασκευαστή κύκλο ζωής του μηχανήματος, τουλάχιστον για την περίπτωση των δημόσιων νοσοκομείων⁷¹⁴, ενώ παράλληλα, όπως προέκυψε στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, το δημόσιο νοσοκομείο διατηρεί για τον εαυτό του το προνόμιο να προβεί και σε χωριστό διαγωνισμό⁷¹⁵ για τη συντήρηση όπου όμως η προηγηθείσα δεσμευτική προσφορά από τον προμηθευτή (για τη σύμβαση που έληξε) θα αποτελεί για τον προμηθευτή ενόψει του νέου διαγωνισμού και το «ταβάνι»⁷¹⁶⁷¹⁷.

⁷¹² Βλ. σχετικά και απόφαση ΕΑ υπ' αρ. 643/2017.

⁷¹³ Βλ. και σχετική αποσαφήνιση από [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019], στη σελ. 108 («Δ. ΤΕΜΠΕΡΗΣ: *Ναι, κα Πρόεδρε, θα το ξεκαθαρίσω. Όταν γίνεται διακήρυξη για την προμήθεια ενός μηχανήματος τεχνητού νεφρού λέει ελάτε, καταθέστε μου, γιατί θέλω να, να προμηθευτώ ένα μηχανήμα. Έχουμε δύο τύπους διακηρύξεων, επιλογής; Μία με βάση τη χαμηλότερη τιμή όσον αφορά το μηχανήμα, ή βάσει την πλέον, την πλέον συμφέρουσα οικονομική, την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά, η οποία λαμβάνει υπόψη και άλλα κριτήρια, όπως είναι το κόστος συντήρησης.*

[...]: *Και στις δύο περιπτώσεις το κόστος συντήρησης περιλαμβάνεται. Και στις δύο διακηρύξεις στις οποίες αναφέρατε, αναφέρεται περιλαμβάνεται.*», καθώς και σελ. 111 («[...] : *Να προσφερθεί τεχνική υποστήριξη του μηχανήματος για 10 χρόνια, εγγύηση και συμβόλαιο συντήρησης, μετά τη λήξη της εγγύησης με ανταλλακτικά. Η αξία της παραπάνω προσφοράς θα συνοπολογιστεί στη συνολική ανοιγμένη τιμή. Το παραπάνω προσφερόμενο συμβόλαιο συντήρησης θα είναι στην ευχέρεια του νοσοκομείου να τεθεί σε εφαρμογή ή όχι. Άρα λοιπόν κάνει το σύστημα προαίρεσης.*»).

⁷¹⁴ Βλ. ιδίως ενότητα III.3.2.4.1 Η διαδικασία προμήθειας των νοσοκομείων και III.3.2.4.3, ιδίως παρ. 147 επ.

⁷¹⁵ Βλ. χαρακτηριστικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 94: «*Και μάλιστα να συμπληρώσω και κάτι ακόμα. Υπάρχουν περιπτώσεις ακόμα και κλειδωμένες τιμές στον αρχικό διαγωνισμό το νοσοκομείο να πάει να ζητήσει μια ακόμα καλύτερη προσφορά από τον ίδιο προμηθευτή. Έχει γίνει και αυτό και γίνεται αυτό. Πριν και τη δεκαετία.*».

⁷¹⁶ Βλ. κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 93 («*Α. ΔΡΙΤΣΑ: Μας είπατε όμως ότι σε κάποιες περιπτώσεις γίνονται και μεταγενέστεροι διαγωνισμοί μόνο για τη συντήρηση, σας ρώτησε η Επιτροπή.*

[...]: *Στα μηχανήματα τα οποία έχουν περάσει αυτή δεκαετή δέσμευση.*

Α. ΔΡΙΤΣΑ: Μάλιστα. Σ' αυτούς τους διαγωνισμούς ποιοι κατεβαίνουν;

[...]: *Για την εταιρία BAXTER εννοείτε;*

Α. ΔΡΙΤΣΑ: Ναι.

[...]: *Η εταιρία ΣΕΡΚΟ και η εταιρία ΔΟΥΛΓΚΕΡΗΣ.*», καθώς επίσης και κατάθεση της ίδιας μάρτυρα σελ. 102] («[...] : *Δεν έχει συμβεί αυτό. Μπορεί να το παροπλίσει. Μπορεί να βγάλει κάποιο καινούριο διαγωνισμό.*

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα και πάλι πού θα καταλήξει;

[...]: *Μπορεί να ζητήσει οικονομικότερη προσφορά.*

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Μα ο ίδιος διαγωνισμός, αφού λέτε υπάρχει μόνο η GAMBRO, στο ίδιο δεν θα καταλήξει και ο νέος διαγωνισμός;

[...]: *Θα ζητήσει αναπροσαρμογή. Θα πει δώσε μου καλύτερη οικονομική προσφορά, δεν με συμφέρει. Έχει γίνει αυτό το πράγμα. Έχει ζητήσει νοσοκομείο να δώσουμε καλύτερη προσφορά, βελτιωμένη προσφορά.*

ΠΡΟΕΔΡΟΣ: Και εσείς δώσατε;

519. Στην περίπτωση δε των σημαντικότερων ιδιωτικών θεραπευτηρίων, ο αρχικός εξοπλισμός δεν αποκτάται κατά κυριότητα από τον πελάτη, αλλά, στο πλαίσιο συμβάσεων χρησιδανείου, η χρήση του παραχωρείται από τον προμηθευτή, ο οποίος αναλαμβάνει επίσης το κόστος των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής τους για διάστημα που συνδέεται με τη συμβατική διάρκεια της παραχώρησης. Το νοσοκομείο, καθ' όλο το χρόνο της παραχώρησης επιβαρύνεται με - και λαμβάνει υπόψη ιδίως - το κόστος των προσφερόμενων από τον προμηθευτή αναλωσίμων υλικών, τα οποία απαιτούνται και προσδιορίζουν το κόστος κάθε θεραπείας⁷¹⁸. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, κατά την χρήση του κύριου προϊόντος, τα μέρη προσβλέπουν και υπολογίζουν απευθείας μόνο το κόστος στις δευτερογενείς αγορές, ενώ το κόστος του κύριου μηχανήματος είναι κατά το χρόνο αυτό μηδενικό και αμελητέο⁷¹⁹.
520. Επομένως στην υπό εξέταση περίπτωση οι ευφείς καταναλωτές, δηλ. τα νοσοκομεία, κατά το χρόνο αγοράς του μηχανήματος, έχουν πλήρη γνώση του κόστους του συνολικού συστήματος δευτερογενών προϊόντων και υπηρεσιών για το μεγαλύτερο μέρος της προσδόκιμης λειτουργίας του και λαμβάνουν ορθολογικές αποφάσεις με βάση το κόστος αυτό, που περιλαμβάνει και το κόστος ανταλλακτικών/ συντήρησης/ επισκευής.
521. Ως προς τις συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά του κύριου προϊόντος, δηλαδή του μηχανήματος αιμοδιύλισης, οι οποίες αναμένεται να επηρεάσουν την αγοραστική συμπεριφορά και αντίδραση των νοσοκομείων στην κύρια αγορά, σε περίπτωση εκμεταλλευτικής συμπεριφοράς στη δευτερογενή αγορά επισημαίνονται τα εξής:
522. Λαμβάνοντας υπόψη τις διακυμάνσεις στα μερίδια αγοράς των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην αγορά κατά το εξεταζόμενο διάστημα, προκύπτει ότι στην ολιγοπωλιακή αγορά του ενιαίου συστήματος τεχνητού νεφρού HD υφίσταται ανταγωνισμός και πιέσεις⁷²⁰. Χαρακτηριστικά, όπως προαναφέρθηκε, η καταγγελλόμενη GAMBRO απώλεσε κατά την περίοδο αναφοράς μερίδιο στη χονδρική πώληση τουλάχιστον 25% και το μερίδιό της από ~ [25-35]% το 2008 απομειώθηκε σε ~[5-10]% εντός των επόμενων επτά ετών (2015). Αντίστοιχα αυξομειώσεις παρατηρούνται και στην αγορά λιανικής.
523. Επιπλέον, ενόψει των ανωτέρω χαμηλών μεριδίων αγοράς των καταγγελλομένων (τόσο στη χονδρική όσο και στη λιανική αγορά) ένας αρκετά μεγάλος αριθμός

[...]: Φυσικά.»), καθώς και κατάθεσης της ίδιας (σελ. 103) («Κ. ΚΑΕΙΣΟΥΡΑΣ: Μα η τιμή επί της οποίας ζήτησαν βελτίωση ήταν υψηλότερη της προηγούμενης συμβασιοποιημένης;

[...]: Μα δεν βγαίνει ο διαγωνισμός υψηλότερης απ' της συμβασιοποιημένης. Δεν μπορώ να δώσω εγώ περισσότερο.

Κ. ΚΑΕΙΣΟΥΡΑΣ: Πήρανε χαμηλή και ζήτησαν χαμηλότερη. Θα το εξηγήσουμε και εμείς σε μεγάλη έκταση.

[...]: Ζητήσανε την τιμή του προϋπολογισμού και ζητήσανε βελτιωμένη.»).

⁷¹⁷ Βλ. σχετικά και κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίασης 12.03.2019], σελ. 40: «Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Αλλά είναι δυνατόν η Διοίκηση ενός δημόσιου νοσοκομείου να αποσύρει ένα μηχάνημα οριστικά επειδή η προσφορά που δέχτηκε για τα ανταλλακτικά ήταν πολύ ακριβή; Υπάρχει περίπτωση επαναδιαπραγματεύσεως;

[...]: Φυσικά. Θα τον καλούσε τον ίδιο, όμως. Όχι άλλον.

Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Έστω με τον ίδιο.

[...]: Φυσικά. Και έχει συμβεί πολλές φορές. Σας το λέω εγώ.

Ν. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Άρα, δεν είναι οριστική η απόσυρση;

[...]: Όχι. Αλλά δεν μπορεί και να δεχτεί, όμως, εκβιασμούς. Ένα νοσοκομείο. Και σας λέω τι θα έκανα εγώ και αυτό που λέτε όντως είναι έτσι. Όντως είναι έτσι.».

⁷¹⁸ Συνεπώς η «κτήση» του κύριου προϊόντος «επιδοτείται» μέσω των αγορών των δευτερογενών προϊόντων, εν προκειμένω μέσω της αγοράς των αναλωσίμων που απαιτούνται για θεραπεία.

⁷¹⁹ Πρβλ. κατ' αναλογία και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση IV/E 2/36.431- *Info-Lab/Ricoh*, παρ. 38.

⁷²⁰ Πρβλ. κατ' αναλογία και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υπόθεση COMP/C-3/39.391 *EFIM*, σκ. 23.

νοσοκομείων θα μπορούσαν να θεωρηθούν υποψήφιοι νέοι πελάτες, οι οποίοι θα επέλεγαν τα προϊόντα άλλης επιχείρησης στην περίπτωση που θα επιχειρούνταν μία εκμεταλλευτική σε βάρος τους τιμολόγηση στη δευτερεύουσα αγορά⁷²¹. Μία τέτοια αντίδραση νέων υποψήφιων πελατών θα προστάτευε από τυχόν εκμεταλλευτική συμπεριφορά και τους παλιούς πελάτες. Από τα διαθέσιμα στοιχεία εξάλλου δεν παρέχεται καμία ένδειξη ότι οι ελεγχόμενες προβαίνουν σε διακριτική τιμολόγηση μεταξύ των δύο αυτών κατηγοριών πελατών (υποψήφιων νέων/υφιστάμενης βάσης πελατών), ούτε ανέκυψε τέτοιο ζήτημα στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας. Αντίθετα, εντοπίζονται ενδείξεις ότι δεν θα μπορούσαν να προβούν σε διακριτική τιμολόγηση μεταξύ παλαιότερων και νεότερων πελατών. Καταρχήν και ιδίως διότι, όπως προειπώθηκε, υφίστανται έναντι των παλαιών πελατών συμβατικές δεσμεύσεις περί του συνολικού κόστους για το μεγαλύτερο μέρος της διάρκειας ζωής του μηχανήματος, οι οποίες τους προστατεύουν. Επιπλέον, επειδή οι ελεγχόμενες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται και στην αγορά άλλων παραπλήσιων μηχανημάτων τεχνητού νεφρού που απευθύνονται στους ίδιους υποψήφιους αγοραστές (δημόσια και ιδιωτικά νοσοκομεία)⁷²². Μία επιχειρούμενη εκμεταλλευτική συμπεριφορά στην αγορά των μηχανημάτων HD σε βάρος των υφιστάμενων πελατών των καταγγελλόμενων είναι σαφές ότι θα έβλαπτε το κύρος και τη φήμη τους και κατ' ακολουθία τα συμφέροντά τους και στην γειτονική αυτή αγορά, καθώς θα μπορούσε να προκαλέσει απώλεια μεριδίων αγοράς και στην αγορά "CRRT"⁷²³. Εξάλλου, είναι μεν αληθές ότι η μακρά διάρκεια πραγματικής λειτουργίας του μηχανήματος HD και η πολυπλοκότητα των διαδικασιών προμήθειας μηχανημάτων από μέρος των πελατών, ήτοι από τα δημόσια νοσοκομεία, θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως εμπόδια για τη μεταπήδηση παλαιών πελατών σε άλλο κύριο προϊόν, ωστόσο από την άλλη πλευρά και για τους ίδιους λόγους, δεδομένης και της δυνατότητας –έστω και σε θεωρητικό επίπεδο – παροπλισμού ενός μηχανήματος, η οποία προέκυψε ως εναλλακτική στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας⁷²⁴, όταν υπό τις συνθήκες αυτές ολοκληρωθούν οι διαδικασίες μεταπήδησης ενός παλιού πελάτη σε άλλο σήμα, η πιθανότητα επανόδου στην πελατειακή βάση των καταγγελλομένων θα προσέκρουε στα ίδια εμπόδια και θα ματαιώνε την ανάκαμψη των πωλήσεων για ακόμη μακρότερο χρόνο, γεγονός που λειτουργεί ως αντικίνητρο πρόκλησης μίας τέτοιας αντίδρασης των πελατών.

524. Για όλους τους παραπάνω λόγους, λόγω της προκύπτουσας από τα διαθέσιμα στοιχεία ισχυρής αλληλεπίδρασης μεταξύ πρωτογενούς αγοράς μηχανημάτων HD και

⁷²¹ Βλ. και κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019], σελ. 85: «[...] (ομιλία στα ιταλικά)

[...]: Κοιτάζετε, όταν μιλάμε για τα μηχανήματα αιμοδιήλησης, της αιμοκάθαρσης, λάβετε υπόψη σας ότι υπάρχουν 20-25 μηχανήματα σε κάθε τμήμα νοσοκομειακό όπου λειτουργούν τα μηχανήματα αυτά. Εάν λοιπόν η GAMBRO ή η BAXTER, που έχει δώσει τα μηχανήματα αυτά στο συγκεκριμένο νοσοκομείο, «εκμεταλλευτεί» το νοσοκομείο κατά την αντικατάσταση των μηχανημάτων αυτών, το νοσοκομείο στον επόμενο διαγωνισμό θα λάβει υπόψη βεβαίως αυτή τη δυναμική, ότι έτυχε εκμετάλλευσης απ' τη συγκεκριμένη εταιρία, και δεν θα την επιλέξει στον επόμενο της διαγωνισμό.».

⁷²² Πρόκειται για τα μηχανήματα για τη συνεχή θεραπεία νεφρικής υποκατάστασης (continuous renal replacement therapy "CRRT").

⁷²³ Βλ. σχετική ανάλυση σε Ευρωπαϊκή Επιτροπής (Note) της 13/06/2017 στο OECD «Competition issues in aftermarkets», ό.π., παρ. 25-27.

⁷²⁴ Βλ. χαρακτηριστικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 21, Συνεδρίασης 06.03.2019, σελ. 98: «Α. ΔΡΙΤΣΑ: Μάλιστα. Απλώς πολύ δευτερευόντως, άρα η δυνατότητα ενός νοσοκομείου προ ενός προμηθευτή ο οποίος παραλογίζεται στην τιμή πώλησης ανταλλακτικών και συντήρησης, η δυνατότητα του νοσοκομείου να αλλάξει προμηθευτή τη βλέπετε ως κάτι ευχερή; Τη βλέπετε δύσκολη;

[...]: Να αλλάξει τα μηχανήματα και να βάλει καινούρια μηχανήματα εξαρτάται από τα οικονομικά του νοσοκομείου, τα οικονομικά της χώρας. Δεν είναι εύκολο πάρα πολύ να βγάλουμε τα παλιά μηχανήματα και να βάλουμε καινούρια, αυτό είναι το ένα σκέλος. Το δεύτερο σκέλος όμως είναι και στην ευχέρεια του νοσοκομείου να πει ότι θα παροπλίσω τη BAXTER και θα αφήσω την εταιρία που έχω ήδη μέσα.».

δευτερογενούς αγοράς ανταλλακτικών/συντήρησης/επισκευής, ακόμη και σε περίπτωση καθ' υπόθεση διάκρισης των αγορών, δεν στοιχειοθετείται η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης των καταγγελλόμενων επιχειρήσεων. Θα ήταν άλλωστε παράδοξο, με βάση τον ορισμό για την έννοια της δεσπόζουσας επιχείρησης, να διαπιστώνεται η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης για την εταιρία εκείνη (GAMBRO) που είναι η μόνη μέχρι σήμερα - σε σύγκριση με τους ανταγωνιστές της - για την οποία διαπιστώνεται η ύπαρξη και ανεξάρτητων επισκευαστών του σήματός της ειδικά στα δημόσια νοσοκομεία. Πέραν τούτου, σε άμεση συνάρτηση και με την ανάλυση που προηγήθηκε, θα ήταν όλως εσφαλμένο να γινόταν μία υπερβολικά στενή οριοθέτηση της αγοράς, με βάση μόνο το γεγονός ότι για την επισκευή των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού απαιτούνται (καινούργια) γνήσια ανταλλακτικά του ίδιου μόνο σήματος, ώστε τελικά να θεωρηθεί ότι αγορά είναι το ίδιο το σήμα, να μην ληφθεί υπόψη οποιοδήποτε άλλο στοιχείο και βάσει αυτής της μονοδιάστατης προσέγγισης να υποστηριχθεί τελικά η άποψη ότι υπάρχει δεσπόζουσα θέση από μέρους της GAMBRO⁷²⁵. Αντίθετα, η ανυπαρξία διαλειτουργικότητας (η αδυναμία δηλαδή να

⁷²⁵Όπως προέκυψε πάντως κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, οι επισκευαστές των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού είναι σε θέση, μετά από εκπαίδευση σχετικά μικρής χρονικής διάρκειας να μεταπηδούν από σήμα σε σήμα χωρίς κανένα πρόβλημα. Βλ. χαρακτηριστικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 20, Συνεδρίασης 04.03.2019, σελ. 19] («N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Εσείς από την εμπειρία σας πόσο, πόσο εύκολο είναι ένας τεχνικός με τα δικά σας προσόντα αν θελήσει να αλλάξει εταιρία, είναι εύκολο να μεταπηδήσει σε μία άλλη εταιρία, η οποία μάλιστα θα ασχολείται, θα 'χει αντικείμενο ανταγωνιστικό της GAMBRO και της BAXTER; Δηλαδή με τη FRESENIUS, να πάει στη FRESENIUS, μάλλον να κάνει συντήρηση μηχανημάτων FRESENIUS, BRAWN, πόσο εύκολο είναι;

[...]: Θεωρώ ότι δεν είναι δύσκολο, διότι η εμπειρία είναι αρκετά μεγάλη, απλά πρέπει να γίνει μια εξειδίκευση, πρέπει να εκπαιδευτούμε πάνω στο συγκεκριμένο μηχάνημα, να διαβάσουμε τα τεχνικά εγχειρίδια. Δεν είναι πολύ δύσκολο πάντως, εφόσον υπάρχει η κατάλληλη εκπαίδευση.». Βλ. επίσης κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 18, Συνεδρίασης 21.02.2019], σελ. 15: «Π. ΦΩΤΗΣ: Αν σας γινόταν μια προσφορά από μία ανταγωνιστική εταιρία της GAMBRO, υποθετικά, να προσφέρετε τις υπηρεσίες συντήρησης στα δικά της μηχανήματα, θα το κάνατε και πόσο χρονικό διάστημα θα θέλατε για να προσφέρετε αυτές τις υπηρεσίες;

[...]: Υποθετικά άμα μου έκαναν μία τέτοια προσφορά, θα έπρεπε, εγώ θα ζητούσα την εκπαίδευση των τεχνικών μου στα συγκεκριμένα μηχανήματα. Αν και εφόσον είχα την τεχνογνωσία και είχα και τη δυνατότητα θα το 'κανα.

Π. ΦΩΤΗΣ: Αλλά δεν σας έχει, δεν σας έχει...

[...]: Πόσο χρόνο θα χρειαζόταν για να γίνει αυτό το πράγμα; Από την εμπειρία μου με την GAMBRO αυτό που μπορώ να σας πω είναι ότι είναι λίγο δύσκολο και αυτό είναι και το θέμα, εμείς όταν μας έφευγε ένας τεχνικός απ' την εταιρία μας το θέμα τη εκπαίδευσης ήταν βασικό, υπήρχε ένα διάστημα στο οποίο εννοώ την εκπαίδευση του τεχνικού, μετά πήγαινε ο τεχνικός μαζί με κάποιον άλλο πιο έμπειρο, πιο παλιό, μαζί. Υπήρχαν κάποιες διαδικασίες εν πάση περιπτώσει και βάσει του ISO που τηρούμε στην εταιρία μας. Και μετά από εκείνο το χρονικό διάστημα μπορούσε ένας τεχνικός να επέμβει μόνος του σε ένα μηχάνημα. Ο χρόνος είναι περίπου 6 μήνες τουλάχιστον θα σας έλεγα.»

Βλ. επίσης χαρακτηριστικά κατάθεση [...] [ΠΡΑΚΤΙΚΟ 22, Συνεδρίασης 12.03.2019, σελ. 109-110: «N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Ήθελα να ρωτήσω, έχοντας αυτό ως δεδομένο, πόσο εύκολο είναι για μία εταιρία του δικού σας προφίλ, από εκεί που επί πολλά χρόνια είχε μια εξειδίκευση στα προϊόντα με το σήμα GAMBRO, να κάνει μία μεταποίηση, ας την πούμε, και να μπορέσει να διανέμει και αν φαντάζομαι, αν καταλαβαίνω σωστά, και να συντηρεί προϊόντα ενός ανταγωνιστικού σήματος; Τι, τι απαιτείται για να γίνει αυτό;

[...]: Κοιτάζτε να δείτε, όντως ήταν και για μας μία πρωτόγνωρη εμπειρία μετά από τα 40 χρόνια της εταιρίας μας. Δεν είναι εύκολο, είναι δύσκολο. Είναι δύσκολο και είναι δύσκολο με την εξής έννοια. Όλοι οι τεχνικοί μας ήταν έμπειροι τεχνικοί, οι οποίοι είχαν να κάνουν σε μηχανήματα GAMBRO κ.λπ., αλλά το μηχάνημα B BRAUN είναι μίας διαφορετικής φιλοσοφίας. Πέρασαν από μία μεγάλη εκπαίδευση δεκαήμερη, δηλαδή αυτό σημαίνει ότι μείνανε στον κατασκευαστικό οίκο 15 μέρες, 2 βδομάδες, για να πάρουνε καταρχήν την πιστοποίηση...

N. ΖΕΥΓΩΛΗΣ: Δεν μου ακούγεται, συγγνώμη που σας διακόπτω, δεν μου ακούγεται τόσο τραγικό και...

[...]: Να σας πω κάτι. Και εμένα δεν μου ακούγεται τραγικό. 15 μέρες λέω ό,τι και κόστος να 'χει, είναι κάτι εφικτό., καθώς και σελ. 112 («[...]: «Πήραμε υπαλλήλους, ακριβώς. [...] Από τον [...], δηλαδή από τον... Και εδώ έρχεται το θέμα που σας λέω. Εντάξει, να μεν είναι εύκολο, αλλά είναι και δύσκολο.

χρησιμοποιηθούν ανταλλακτικά ενός σήματος, για να επισκευαστεί μηχάνημα άλλου σήματος), η οποία δεν αμφισβητήθηκε σε κανένα σημείο της διαδικασίας από κάποιο από τα εμπλεκόμενα μέρη, αποτελεί στοιχείο που κατατείνει στην επιβεβαίωση της θέσης ότι δεν υπάρχουν διακριτές αγορές, αλλά αντίθετα η αγορά είναι ενιαία. Σε αυτό το πλαίσιο, με βάση τη σχετική πιο πρόσφατη νομολογία⁷²⁶, γίνεται πλέον δεκτό ότι στις υποθέσεις ανταγωνισμού που αφορούν πρωτογενείς και δευτερογενείς αγορές ο προμηθευτής/παραγωγός των προϊόντων της δευτερογενούς αγοράς δεν έχει δεσπόζουσα θέση στις περιπτώσεις που είτε 1) αρκετοί από τους καταναλωτές των προϊόντων της πρωτογενούς αγοράς επηρεάζονται άμεσα από το κόστος των παρεπομένων προϊόντων (καθώς στην περίπτωση αυτή υφίσταται μία ενιαία αγορά κατά τα ως άνω ήδη αναφερθέντα) είτε 2) όταν ο ανταγωνισμός στην πρωτογενή αγορά είναι σε θέση να ισορροπεί τις συνθήκες ανταγωνισμού στη δευτερογενή αγορά, ακόμη και αν πρόκειται για διακριτές αγορές⁷²⁷. Δηλαδή, υπό αυτή την έννοια, γίνεται αντιληπτό ότι, κατά την άποψη της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, δεν θεωρείται καν η πρωτογενής αγορά των μηχανημάτων απολύτως ανεξάρτητη από αυτή των δευτερογενών αγορών ανταλλακτικών/αναλωσίμων. *A contrario*, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εκκινεί από την παραδοχή ότι η ύπαρξη ανταγωνισμού σε συνάρτηση με τη μη κατοχή δεσπόζουσας θέσης στην πρωτογενή αγορά των μηχανημάτων, οδηγούν στο συμπέρασμα της μη κατοχής δεσπόζουσας θέσης και στη δευτερογενή αγορά, υπό την προϋπόθεση ότι μεταξύ πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς υφίσταται τέτοια οικονομική διασύνδεση, ώστε οι τιμές που επικρατούν στη δευτερογενή αγορά να αναμένεται να ληφθούν υπόψη από τους καταναλωτές και στην πρωτεύουσα/κύρια αγορά⁷²⁸. Αυτό αποδείχτηκε ότι συμβαίνει και στην εξεταζόμενη περίπτωση, καθόσον τα νοσοκομεία συνιστούν ευφρείς καταναλωτές με σημαντική αντισταθμιστική/διαπραγματευτική ισχύ⁷²⁹, όπως επιβεβαιώθηκε και στη διάρκεια της

Οι δικοί μας έχουνε... Μάλλον τα μηχανήματα, έτσι, σου βγάζουνε, είναι έξυπνα μηχανάκια, βγάζουνε, το συνδέεις με το computer, σου βγάζει πληροφορίες κ.λπ., αλλά την αντιμετώπιση οι άλλοι ήταν πιο έμπειροι, με αποτέλεσμα τι κάναμε; Κάναμε το απλό θέμα, στέλναμε έναν και έναν στις βλάβες. Δηλαδή έναν έμπειρο για να μαθαίνει. Ναι μεν πήραν την εξειδίκευση, πήραν την πιστοποίηση αναμφισβήτητα, είχανε κάθε δικαίωμα να επεμβούνε σε μηχανήματα BRAUN, αλλά είναι διαφορετικά αυτός που έχει την εμπειρία και που ξέρει ότι ξέρεις αυτός ο συναγεμιάς προέρχεται από εκεί ή αυτή η βλάβη συνήθως προέρχεται από εκεί. Δεν είναι τίποτα δύσκολο. Τους εκπαιδύσαμε όλους, αλλά ταυτόχρονα πήραμε και τεχνικούς της εταιρίας PAROFIL.» και σελ. 135 («[...] : Ναι, το κάναμε, περάσαμε, σας είπα, 2 βδομάδες ήταν το απαιτούμενο της B BRAUN για την εκπαίδευση των τεχνικών μας, άσχετα αν αυτοί ήταν τεχνικοί ιατρικών μηχανημάτων και συγκεκριμένα τεχνητού νεφρού. Από εκεί και πέρα και με τη βοήθεια των υπαλλήλων της εταιρίας PAROFIL που ήρθανε αμέσως αναλάβαμε το θέμα του service.»).

⁷²⁶ Η καταγγέλλουσα ΣΕΡΚΟ επικαλείται την παλαιότερη νομολογία *Liptons/Hugin* [Απόφαση IV/29.132 HUGIN/LIPTONS και Υπόθεση 22/78, *Hugin Kassaregister AB και Hugin Cash Registers Ltd κατά Επιτροπής*, [1979] ECR 1869], σύμφωνα με την οποία είχε γίνει δεκτό από το Δικαστήριο ότι η ύπαρξη ανταγωνισμού στην πρωτεύουσα αγορά δεν αποκλείει την κατοχή δεσπόζουσας θέσης στη δευτερογενή αγορά των ανταλλακτικών, η οποία μάλιστα εκλαμβάνονταν ως δεδομένη άνευ ετέρου τινός για τον κατασκευαστή.

⁷²⁷ Βλ. Απόφαση *Pelikan/Kyocera* (Twenty-fifth Report on Competition Policy, σημ. 87 και *Info-Lab/Ricoh* (Twenty-ninth Report on Competition Policy, σημ. 169).

⁷²⁸ Βλ. Υπόθεση *Pelikan/Kyocera* σημείο 87 και Υπόθεση *Info-Lab/Ricoh* σημείο 169 αλλά και Υπόθεση C-56/12P *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM)* κατά της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

⁷²⁹ Βλ. και παρ. 18 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, «Ανταγωνιστικοί περιορισμοί μπορεί να επιβάλλονται όχι μόνο από πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές αλλά και από τους πελάτες. Ακόμη και μία επιχείρηση με υψηλό μερίδιο αγοράς, μπορεί να μην είναι σε θέση να ενεργεί μεγάλο βαθμό ανεξάρτητα από τους πελάτες επαρκή διαπραγματευτική δύναμη. Αυτή η αντισταθμιστική ισχύς των πελατών ή την εμπορική τους σημασία για την επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, και την ικανότητα τους να μεταπηδήσουν γρήγορα σε ανταγωνιζόμενους προμηθευτές, να προωθούν νέες εισόδους ή να ολοκληρωθούν κάθεται και να απειλούν πειστικά να το πράξουν. Εάν η αντισταθμιστική ισχύς έχει επαρκές μέγεθος, μπορεί να αποτρέψει ή να ματαιώσει απόπειρα επιχείρησης να αυξήσει επικερδώς τις τιμές.», σε συνδυασμό με παρ. 82, όπου αναφέρεται ότι:

ακροαματικής διαδικασίας. Πλέον, με βάση την πιο πρόσφατη νομολογία του ενωσιακού δικαστηρίου, δεν υφίσταται δεσπόζουσα θέση στη δευτερογενή αγορά, εάν: «(α) ο καταναλωτής είναι σε θέση, όντας ενημερωμένος, να κάνει μια επιλογή λαμβάνοντας υπόψη και το κόστος των δευτερογενών αγορών (lifecycle pricing), (β) είναι πιθανόν να (αναμένεται ότι) ο καταναλωτής θα λάβει υπόψη του το κόστος αυτό, (γ) σε περίπτωση που ο κατασκευαστής προφανώς επιχειρήσει να καταχραστεί μια δευτερογενή αγορά αυξάνοντας σε αυτήν τις τιμές αναμένεται ότι αυτό θα επηρεάσει τη συμπεριφορά των καταναλωτών στην πρωτογενή αγορά, (δ) εντός ενός εύλογου χρονικού διαστήματος»⁷³⁰.

ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΠΙΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΚΥΡΩΣΕΩΝ

Γενικό πλαίσιο

525. Σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 1 του ν. 3959/2011, εάν η ΕΑ μετά από σχετική έρευνα που διεξάγει διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1 και 2 ή/και των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ μπορεί, με απόφασή της, να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή στις ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. Περαιτέρω, με βάση το άρθρο 25 παρ. 2 περ. α) του ν. 3959/2011, το επιβαλλόμενο πρόστιμο μπορεί να φθάσει μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα, η διάρκεια, η γεωγραφική έκταση της παράβασης, η διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της συγκεκριμένης επιχείρησης, καθώς και το οικονομικό όφελος που αποκόμισε. Ανάλογες διατάξεις ισχύουν και στο ενωσιακό δίκαιο⁷³¹.
526. Βάσει της πρακτικής της ΕΑ και στο πνεύμα της Ανακοίνωσης της 12.05.2006 αναφορικά με τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό προστίμων, η ΕΑ καθορίζει το βασικό ποσό του προστίμου για κάθε επιχείρηση σε συνάρτηση με τα προβλεπόμενα κάθε φορά στο νόμο κριτήρια. Εν συνεχεία, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, προσαυξάνει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις⁷³². Ειδικότερα, το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής:

««ακόμη και αν υπάρχουν εμπόδια για την αλλαγή προμηθευτή, ιδίως για τα μηχανήματα, και σε ορισμένες περιπτώσεις, για τα αναλώσιμα, αυτά τα εμπόδια δεν θα ήταν επαρκή για να αποτρέψουν σημαντικό αριθμό πελατών από τη μετάβαση σε άλλους προμηθευτές, σε περίπτωση αύξησης της τιμής».

⁷³⁰ Βλ. Υπόθεση C-56/12P European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) κατά της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σκέψη 12. Η πλήρης αυτή εγκατάλειψη της νομολογίας που είχε διαμορφωθεί με την Liptons/Hugin έχει μια εύλογη εξήγηση: Η Liptons/Hugin παρουσίαζε την εξαιρετική ιδιαιτερότητα ότι το ίδιο το κόστος των ανταλλακτικών σε σύγκριση με την αξία του μηχανήματος ήταν αμελητέο. Είναι χαρακτηριστικό ότι το ίδιο το Δικαστήριο κατά την κρίση της συγκεκριμένης υπόθεσης ανέφερε ότι «πρέπει να υπομνησθεί ότι η αξία των ανταλλακτικών, αυτή καθαυτή, είναι σχετικώς ασήμαντη» (σκ. 23). Έτσι, δικαιολογείται απόλυτα η μεταστροφή του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αλλά και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και δεν είναι τυχαίο ότι η μεταστροφή αυτή έλαβε χώρα στο πλαίσιο σύγκρισης των αγορών εκτυπωτών/μελανιών, φωτοτυπικών/toner κτλ., όπου ακριβώς περίπτωση των δευτερογενών αγορών σχετικώς ασήμαντης αξίας όχι μόνο δεν επαληθεύεται, αλλά αντίθετα τα κόστη επισκευής και συντήρησης είναι ιδιαίτερος μάλλον αυξημένα. Βλ. χαρακτηριστικά Υπόθεση Pelikan/Kyocera σημείο 87 και Υπόθεση Info-Lab/Ricoh σημείο 169 αλλά και Υπόθεση C-56/12P, ό.π.

⁷³¹ Βλ. άρθρο 23 του Κανονισμού 1/2003 της 16ης Δεκεμβρίου 2002, ΕΕ L 1, σ.1.

⁷³² Βλ. ιδίως παρ. 5-6 της Ανακοίνωσης.

- α) ορίζεται ποσοστό ύψους μέχρι 30% επί των ετήσιων ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης από προϊόντα που αφορούν στην παράβαση με κριτήριο τη σοβαρότητα αυτής, και
- β) το ποσό αυτό υπολογίζεται επί των ετήσιων ως άνω εσόδων για κάθε έτος της παράβασης⁷³³.
527. Η ΕΑ δύναται να αποκλίνει από τη γενική μέθοδο υπολογισμού του προστίμου που προβλέπεται στη σχετική Ανακοίνωση της 12.05.2006, όταν οι ιδιαιτερότητες ορισμένης υπόθεσης το υπαγορεύουν⁷³⁴.
528. Συναφώς, είναι επιτρεπτός ο κατ' αυτοδέσμευση της διοίκησης προσδιορισμός από αυτήν των κριτηρίων που σκοπεύει να εφαρμόσει στο πλαίσιο άσκησης της διακριτικής της εξουσίας. Στην ΕΑ εναπόκειται να ακολουθήσει τη μέθοδο υπολογισμού του ύψους του προστίμου με την οποία αυτοδεσμεύτηκε, ενώ επιτρέπεται η απόκλιση από αυτά τα κριτήρια, λόγω ιδιαίτερων περιστάσεων που συντρέχουν σε συγκεκριμένη περίπτωση (είτε προς αυστηρότερη κατεύθυνση, είτε προς ηπιότερη κατεύθυνση) – απόκλιση, ωστόσο, που θα πρέπει να δικαιολογείται ειδικώς⁷³⁵.
529. Κατά την άσκηση της ανωτέρω αρμοδιότητάς της, η ΕΑ έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια (εντός του κατά το νόμο ανώτατου ορίου) για τη συγκεκριμενοποίηση του εκάστοτε επιβληθησομένου προστίμου, προκειμένου να διασφαλίζεται με επάρκεια το επιδιωκόμενο αποτρεπτικό αποτέλεσμα, εν ανάγκη κινούμενη και αυστηρότερα της προηγούμενης τυχόν πρακτικής της⁷³⁶. Πράγματι, η αποτελεσματική εφαρμογή των ενωσιακών κανόνων ανταγωνισμού προϋποθέτει ότι η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού μπορεί οποτεδήποτε να προσαρμόζει το ύψος των προστίμων στις ανάγκες της πολιτικής αυτής⁷³⁷. Επιπλέον, δεν υφίσταται παράβαση της αρχής της νόμιμης εμπιστοσύνης και της μη αναδρομικότητας, είτε (α) όταν η αρχή ανταγωνισμού μέσω κατευθυντήριων γραμμών αποφασίζει να κινηθεί σε αυστηρότερο σε σχέση με το παρελθόν τρόπο, είτε (β) όταν πράττει τούτο επί ατομικής βάσης (σε σύγκριση δε ατομικά προς άλλες περιπτώσεις). Οι επιχειρήσεις που εμπλέκονται σε διοικητική διαδικασία η οποία μπορεί να καταλήξει στην επιβολή προστίμου δεν μπορούν να έχουν δικαιολογημένη εμπιστοσύνη στο γεγονός ότι η ΕΑ δεν θα υπερβεί το ύψος των προστίμων το οποίο εφάρμοζε προηγουμένως⁷³⁸.

Εφαρμογή στην κρινόμενη υπόθεση

530. Όπως προαναφέρθηκε, η βάση για τον υπολογισμό του προστίμου είναι ο συνολικός κύκλος εργασιών της επιχείρησης από προϊόντα ή υπηρεσίες που αφορούν στην παράβαση. Σύμφωνα και με την ερμηνευτική ανακοίνωση της ΕΑ της 17ης

⁷³³ Βλ. ιδίως παρ. 8 Ανακοίνωσης Ε.Α. για τα πρόστιμα, ό.π.

⁷³⁴ Βλ. ιδίως παρ. 21 προαναφερόμενης Ανακοίνωσης.

⁷³⁵ Βλ. ενδεικτικά ΔΕφαθ 2265/2010 σκ. 46, ΔΕφαθ 559/2010 σκ. 26, ΔΕφαθ 2891/2009 σκ. 29, όπου και σχετικές παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία.

⁷³⁶ Βλ. ιδίως παρ. 4 προαναφερόμενης Ανακοίνωσης. Βλ. επίσης ενδεικτικά ΔΕφαθ 559/2010 σκ. 26, όπου και σχετικές παραπομπές σε πάγια ενωσιακή νομολογία – ειδικότερα απόφαση ΔΕΚ C-189/02P, C-202/02P, C- 205/08P έως C-208/02P, (συνεκδ.), *Dansk Rørindustri κλπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2005, σελ. I-5425, σκ. 217-233, ΔΕΚ C-397/03 P, *Archer Daniels Midland και Archer Daniels Midland Ingredients κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2006, σελ. I-4429, σκ. 202, 216-219, 222-224 και 227-231. Σχετικά με τον αναγκαία αποτρεπτικό, αλλά και κατασταλτικό, χαρακτήρα των προστίμων, βλ. απόφαση ΣτΕ 2007/2013, σκ. 28, καθώς και ΠΕΚ T-329/01 *Archer Daniels Midland κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2006, II-3255, σκ. 141.

⁷³⁷ Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΠΕΚ T-224/00 *Archer Daniels Midland κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. II-2597, σκ. 56, όπου και παραπομπές σε πάγια ενωσιακή νομολογία.

⁷³⁸ Βλ. ενδεικτικά Ε.Α. 580/VII/2013, σκ. 169 και ΔΕφαθ 559/2010 σκ. 26, όπου και σχετικές παραπομπές σε πάγια ενωσιακή νομολογία.

Ιουλίου 2009 αναφορικά με το εύρος των ακαθαρίστων εσόδων που χρησιμοποιούνται ως βάση για τον υπολογισμό του προστίμου, λαμβάνεται κάθε φορά υπόψη το σύνολο των ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης στη σχετική αγορά προϊόντων που αφορά η διαπιστωθείσα παράβαση. Και τούτο, διότι η σχετική αγορά προϊόντων αποτελεί συνήθως ασφαλές κριτήριο για τον προσδιορισμό της αξίας πωλήσεων των προϊόντων που επηρεάζονται άμεσα ή έμμεσα από την παράβαση, ενώ παράλληλα διασφαλίζεται με τον τρόπο αυτό και ο επιδιωκόμενος αποτρεπτικός χαρακτήρας του προστίμου⁷³⁹.

531. Στην υπό εξέταση περίπτωση, για τον υπολογισμό του προστίμου λαμβάνεται υπόψη ο κύκλος εργασιών της καταγγελλόμενης GAMBRO από τη διανομή των σχετικών προϊόντων/υπηρεσιών στην Ελληνική Επικράτεια, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο. Επίσης, στην υπό εξέταση περίπτωση, για τον υπολογισμό του προστίμου λαμβάνεται υπόψη ο κύκλος εργασιών της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ από την πώληση των σχετικών προϊόντων.

Ως προς τη σοβαρότητα της παράβασης

532. Προκειμένου να αξιολογηθεί η σοβαρότητα μίας παράβασης, η ΕΑ λαμβάνει υπόψη της ιδίως το είδος της παράβασης, τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκλήθηκαν ή απειλήθηκε να προκληθούν στην αγορά, το ειδικό βάρος της κάθε επιχείρησης στη σχετική αγορά, το οικονομικό όφελος που αποκόμισε ο παραβάτης εφόσον είναι δυνατό να υπολογιστεί το ύψος του, την οικονομική δύναμη της επιχείρησης που παραβιάζει τους κανόνες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και την έκταση της γεωγραφικής αγοράς⁷⁴⁰.

533. Ως προς τη φύση των παραβάσεων, σημειώνεται ότι οι συμφωνίες για περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, μέσω των υπό εξέταση συμβατικών όρων, αποτελούν ιδιαίτερα σοβαρή παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, αφού πρόκειται για πρακτική, η οποία έχει ως αντικείμενο την παρεμπόδιση του ανταγωνισμού μέσω της κατανομής των γεωγραφικών αγορών και μέσω αυτής την εξάλειψη ή τουλάχιστον τον περιορισμό του ανταγωνισμού ως προς τις τιμές, ήτοι ως προς έναν από τους σημαντικότερους παράγοντες του ανταγωνισμού⁷⁴¹.

534. Ως προς τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα σημειώνεται ότι στο πλαίσιο της εξεταζόμενης καταγγελίας δεν προέκυψαν επαρκή στοιχεία που να καταδεικνύουν στην πράξη το εύρος των αντι- ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων των υπό εξέταση κάθετων περιορισμών, ωστόσο το γεγονός ότι η απαγόρευση παράλληλου εμπορίου αποδείχθηκε ότι διατρέχει σημαντικό μέρος του δικτύου της GAMBRO επί πολλά έτη, επηρεάζοντας αναπόδραστα και την εθνική αγορά, θα πρέπει οπωσδήποτε να ληφθεί υπόψη σε ό,τι αφορά τον επιπρόσθετο αντίκτυπο της συγκεκριμένης παράβασης στην Ελληνική Επικράτεια. Πέραν τούτου, επισημαίνεται ότι η διαπιστούμενη παράβαση συνιστά εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού ιδιαίτερης σοβαρότητας (απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών), ο οποίος από τη φύση του θεωρείται ότι έχει αντίκτυπο στην αγορά.

535. Ως προς το ειδικό βάρος και την οικονομική ισχύ της επιχείρησης, επισημαίνεται ότι η GAMBRO ήταν κατά το επίμαχο διάστημα η μία από τις δύο ισχυρότερες εταιρίες που δραστηριοποιούνταν (σε επίπεδο χονδρικής) στην επίμαχη αγορά στην

⁷³⁹ Βλ. ΕΑ 580/VII/2013, σκ. 171. Βλ. επίσης, ενδεικτικά, ΔΕφαθ 2094/2007, σκ. 12, η οποία αποτυπώνει πάγια ενωσιακή νομολογία.

⁷⁴⁰ Βλ. παρ.10-11 της Ανακοίνωσης της Ε.Α για τα πρόστιμα, ό.π. Ανάλογα προβλέπονται και στις Κατευθυντήριες Γραμμές για τα πρόστιμα, παρ. 19 επ.

⁷⁴¹ Απόφαση ΕΑ 441/V/2009, σκ. VII.5.1, όπου επίσης αναφέρεται ότι : «...Θα πρέπει να επισημανθεί ότι οι κάθετοι περιορισμοί ειδικά αυτού του είδους είναι ιδιαίτερα επαχθείς για τον ανταγωνισμό, σε βαθμό μάλιστα που να θεωρούνται – μαζί με τα καρτέλ- η πιο επαχθής αντιανταγωνιστική πρακτική από πλευράς κοινοτικού δικαίου...».

ελληνική επικράτεια, με ισχυρή θέση και στην ευρωπαϊκή αγορά. Με δεδομένο το μέγεθος και τη μακρόχρονη δραστηριότητα και εξειδίκευση στις σχετικές αγορές των επίμαχων προϊόντων, συνάγεται ότι διέθετε τις γνώσεις και τα νομικο-οικονομικά μέσα που χρειάζονται για να αξιολογήσει τον παράνομο χαρακτήρα της συμπεριφοράς της και τις συνέπειές του υπό το πρίσμα του δικαίου του ανταγωνισμού⁷⁴².

536. Σημαντική είναι και η θέση της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ στην ελληνική επικράτεια, καθόσον αυτή αποτελεί, ιδίως από το 2010, βάσει της Εφετειακής απόφασης 2041/2016, τον αποκλειστικό διανομέα για ένα μεγάλο μέρος αυτής για τα προϊόντα μηχανημάτων και ανταλλακτικών τεχνητού νεφρού, καθώς και την επισκευή και συντήρηση μηχανημάτων του οίκου GAMBRO. Ως προς την γεωγραφική έκταση της παράβασης, σύμφωνα με όσα αναφέρονται ανωτέρω, η υπό εξέταση αντι-ανταγωνιστική συμφωνία αφορά και επηρεάζει το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας. Επομένως, το γεγονός ότι η παράβαση της GAMBRO καλύπτει όλη την Ελληνική Επικράτεια, αποκλείοντας αυτήν στο σύνολό της μέσω της ρητής απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, επί μακρό χρονικό διάστημα, πέραν της δεκαετίας, λαμβάνεται επίσης υπόψη και συνεκτιμάται από την ΕΑ αναφορικά με τον αντίκτυπο αυτής στην αγορά.

537. Ως προς το οικονομικό όφελος που αποκόμισε ή επιδίωξε να αποκομίσει η καταγγελλόμενη, αυτό δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί με ακρίβεια. Σε κάθε περίπτωση πάντως επισημαίνεται ότι το επιβαλλόμενο πρόστιμο πρέπει να έχει, όπως προεκτέθηκε, και αποτρεπτικό, πέραν του κυρωτικού, χαρακτήρα. Επίσης, το οικονομικό όφελος που επεδίωξε να αποκομίσει, παρότι κι αυτό δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί επακριβώς, είναι οπωσδήποτε σημαντικό, και συνδέεται με τη διάρκεια και το πρόσφορο των αντιανταγωνιστικών πρακτικών της να της αποδώσουν πολύ υψηλά οφέλη.

Βάρος επιχειρήσεων στην αγορά

538. Σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην οικεία Ενότητα της παρούσης, η GAMBRO κατέχει μερίδιο στην αγορά χονδρικής πώλησης συστημάτων τεχνητού νεφρού HD, κατά την επίδικη χρονική περίοδο, κυμαινόμενο με βάση τα διαθέσιμα στοιχεία από [25-35]% το 2008 σε [5-10]% το 2015 (σε αξία). Αντίστοιχα, η ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ για το επίμαχο διάστημα αποτελεί αποκλειστικό διανομέα της GAMBRO για την ελληνική επικράτεια, της οποίας το μερίδιο αγοράς στην λιανική αγορά συστημάτων HD διαμορφώνονται από [15-25]% το 2008 σε [10-15]% το 2015.

Οικονομική δύναμη των επιχειρήσεων στην αγορά

539. Βάσει των προσκομισθέντων οικονομικών στοιχείων της εταιρίας GAMBRO, ο συνολικός κύκλος εργασιών της κατά τα έτη 2003 -2015 στο σχετικό προϊόν κυμάνθηκε από [...]€ το 2004 σε [...]€ το 2015.

Αντίστοιχα, ο κύκλος εργασιών της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αποκλειστικού διανομέα της GAMBRO για το επίμαχο διάστημα, ανήλθε από [...]€ το 2004 σε [...]€ το 2015.

Ευαίσθητος κλάδος προϊόντος/υπηρεσίας

540. Η αγορά τεχνητού νεφρού, η οποία αποτελείται από την αγορά των μηχανημάτων και τις συνδεδεμένες δευτερογενείς αγορές των ανταλλακτικών και της επισκευής και

⁷⁴² Απόφαση ΕΑ 441/Υ/2009, σκ. VII.5.3, όπου και παραπομπή σε σχετική νομολογία.

συντήρησης των μηχανημάτων αυτών, συνιστά μία ιδιαίτερα ευαίσθητη αγορά, καθόσον αυτή είναι άρρηκτα συνυφασμένη με το βασικό αγαθό της Υγείας και ιδίως με τη ζωή μιας ιδιαίτερα ευαίσθητης ομάδας, αυτής των νεφροπαθών ασθενών και των οικογενειών τους. Από τα στοιχεία του φακέλου και τα όσα διεμήφθησαν στο πλαίσιο της μεγάλης διάρκειας ακροαματικής διαδικασίας που έλαβε χώρα ενώπιον της ΕΑ, κατέστη σαφής η σταθερή βούληση της GAMBRO κατά το διάστημα 2003-2015, ήτοι σε περίοδο βαθιάς οικονομικής κρίσης για την Ελλάδα από το 2010 και μετά, να εξαλείψει τον ενδοσηματικό ανταγωνισμό (intra-brand competition)⁷⁴³ σε επίπεδο συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του σήματός της στην ελληνική αγορά, δια της απαγόρευσης παράλληλων εισαγωγών, όπως επιβεβαιώθηκε και από την κατάθεση του μάρτυρα [...]. Σε συνάρτηση με την απαγόρευση παράλληλων εισαγωγών υπενθυμίζεται ότι στις αγορές εκείνες όπου οι τιμές είναι υψηλότερες, η άμβλυνση του ενδοσηματικού ανταγωνισμού επιβαρύνεται και από την υποχρέωση αποκλειστικής πηγής προμήθειας που έχει επιβληθεί στους διανομείς που ήδη δεσμεύονταν με γεωγραφική αποκλειστικότητα σε επίπεδο λιανικής πώλησης. Η υποχρέωση αποκλειστικής πηγής προμήθειας συντελεί στη δημιουργία και διατήρηση χωριστών αγορών και γεωγραφικών περιοχών, καθιστώντας πρακτικά αδύνατη την αξιοποίηση των αποκλίσεων σε ό,τι αφορά τις τιμές ανάμεσα στους αποκλειστικούς διανομείς, που αποτελούν τους κύριους μεταπωλητές για το συγκεκριμένο είδος προϊόντος⁷⁴⁴.

541. Σημειώνεται ότι η ΕΑ σε προηγούμενες αποφάσεις της κατ' εξαίρεση έχει λάβει υπόψη της την παρατεταμένη οικονομική κρίση που είχε πλήξει, μεταξύ άλλων, και τον εκάστοτε σχετικό οικονομικό κλάδο⁷⁴⁵. Ωστόσο, στην εξεταζόμενη περίπτωση, δεδομένου ιδίως ότι η εμπλεκόμενη GAMBRO ανήκει σε πολυεθνικό όμιλο με αξιοσημείωτη διεξόδυση στην παγκόσμια αγορά και κυρίως ότι δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου οποιαδήποτε επίδραση της οικονομικής κρίσης στα οικονομικά αποτελέσματα της GAMBRO, η ΕΑ ομόφωνα έκρινε ότι το συγκεκριμένο κριτήριο, ήτοι αυτό της οικονομικής κρίσης, δεν θα πρέπει να ληφθεί υπόψη στην εξεταζόμενη περίπτωση. Και για την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, μολονότι αυτή δεν αποτελεί πολυεθνική εταιρία, ισχύουν τα ανωτέρω, δεδομένου ότι δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου οποιαδήποτε επίδραση της οικονομικής κρίσης στα οικονομικά αποτελέσματα της τελευταίας.

Ως προς τη διάρκεια της παράβασης:

542. Για τον υπολογισμό της διάρκειας της παράβασης λαμβάνεται υπόψη το χρονικό διάστημα, κατά το οποίο η αντί-ανταγωνιστική συμπεριφορά έχει εκδηλωθεί στην πράξη.

543. Βάσει του χρόνου διάρκειας ισχύος της σύμβασης που αποτέλεσε αντικείμενο έρευνας της ΕΑ και που διαπιστώνεται ότι περιείχε τους επίμαχους όρους περιορισμού του παράλληλου εμπορίου, η παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ από μέρους της καταγγελλόμενης GAMBRO διαρκεί τουλάχιστον από το 2003 μέχρι το 2015. Επίσης, αναφορικά με την παράβαση από μέρους της ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, αυτή διαρκεί από το 2003 μέχρι και το 2015, κατά το οποίο έπαυσε η ισχύς της από 1-7.10.2003 σύμβασης αποκλειστικής διανομής που είχε συνάψει με την GAMBRO.

⁷⁴³ Για τη σημασία των ανεξάρτητων επισκευαστών, βλ. και την έκθεση του FDA (Μαΐου 2018) [ΣΧΕΤΙΚΟ 589, προσκομισθέν από ΣΕΡΚΟ].

⁷⁴⁴ Πρβλ. Τζουγανάτο, Οι συμφωνίες αποκλειστικής και επιλεκτικής διανομής στο δίκαιο του Ανταγωνισμού, ό.π., σελ. 197.

⁷⁴⁵ Βλ. και τις υπ' αριθ. 563/VII/2013, 636/2017 (σκ. 251), 642/2017 (σκ. 326-327), 644/2017 αποφάσεις ΕΑ, όπου η οικονομική κρίση ελήφθη υπόψη κατά την τελική αξιολόγηση της ΕΑ.

544. Αναφορικά με τη ΜΠΑΞΤΕΡ, θέμα αντι-ανταγωνιστικής σύμπραξης, όπως επίσης και θέμα κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης δεν τίθεται, αφενός επειδή η ΜΠΑΞΤΕΡ δεν προκύπτει από τα υπάρχοντα στοιχεία ότι έχει προβεί σε κάποιου είδους αντι-ανταγωνιστική σύμπραξη είτε με κάποια από τις έτερες εμπλεκόμενες επιχειρήσεις (ήτοι GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ) είτε με κάποια τρίτη επιχείρηση, αφετέρου επειδή με την εξαγορά της GAMBRO από τη ΜΠΑΞΤΕΡ, το μερίδιο της GAMBRO στην ελληνική αγορά απλώς μετατρέπεται σε μερίδιο ΜΠΑΞΤΕΡ -χωρίς όμως να προστίθεται σε αυτό, αφού η ΒΑΧΤΕΡ μέχρι την εξαγορά δεν δραστηριοποιούνταν στη συγκεκριμένη σχετική αγορά – κι ως εκ τούτου η ανάλυση που έγινε για τη μη ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης από μέρους της GAMBRO ισχύει αυτούσια και για τη ΜΠΑΞΤΕΡ.

Επιβαρυντικές ή / και ελαφρυντικές περιστάσεις

Επιβαρυντικές περιστάσεις:

545. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να προσαυξάνεται, εάν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις, όπως όταν η επιχείρηση έχει διαπράξει στο παρελθόν διαπιστωμένη παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν αρνήθηκε να συνεργαστεί ή αποπειράθηκε να παρεμποδίσει την ΓΔΑ κατά την διεξαγωγή της έρευνάς της επί της συγκεκριμένης υπόθεσης, ή όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση είχε ηγετικό ρόλο στην παράνομη συμπεριφορά ή είχε προτρέψει άλλες επιχειρήσεις να την υιοθετήσουν. Αξιολογείται ιδίως αν είχε εξαναγκάσει άλλη επιχείρηση να συμμετάσχει στην πραγματοποίηση της παράβασης ή αν είχε επιβάλει αντίποινα σε άλλες επιχειρήσεις για να θέσουν τις παράνομες πρακτικές σε εφαρμογή⁷⁴⁶.

546. Εν προκειμένω δεν προκύπτει η συνδρομή των ανωτέρω επιβαρυντικών περιστάσεων, εκτός βεβαίως του γεγονότος ότι η GAMBRO, σε σχέση με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, είχε σαφώς ηγετικό ρόλο στην επινόηση και εφαρμογή των αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών δια των επίμαχων συμβατικών όρων που εντοπίστηκαν στη διάρκεια της έρευνας της της ΕΑ και αναλύθηκαν ανωτέρω.

Ελαφρυντικές περιστάσεις:

547. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να μειώνεται εάν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις, όπως όταν η επιχείρηση παρέχει αποδείξεις ότι έχει παύσει την παράβαση ύστερα από την πρώτη παρέμβαση της ΓΔΑ, όταν αποδεικνύει ότι από αμέλεια οδηγήθηκε στην παράβαση, όταν παρέχει αποδείξεις ότι η εμπλοκή της στην παράβαση είναι ιδιαίτερα περιορισμένη ή όταν συνεργάστηκε αποτελεσματικά με την Επιτροπή, πέραν του πεδίου εφαρμογής του Προγράμματος Επιείκειας και πέραν των νομίμων υποχρεώσεών της να συνεργαστεί⁷⁴⁷.

548. Εν προκειμένω διαπιστώνεται ότι δεν συντρέχουν οι ανωτέρω ελαφρυντικές περιστάσεις, ενώ παράλληλα διευκρινίζεται ότι η συνεργασία της GAMBRO με την ΕΑ κατά τη διάρκεια της διερεύνησης της υπόθεσης δεν αξιολογείται ως ελαφρυντική περίπτωση, δεδομένου ότι η όποια ανταπόκριση των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων στα αιτήματα παροχής πληροφοριών βάσει του νόμου και στη διοικητική διαδικασία εν γένει δεν μπορεί να αναγνωριστεί ως ελαφρυντική περίπτωση⁷⁴⁸. Σημειώνεται ακόμη ότι η εφαρμογή ή μη της σύμπραξης στην πράξη, καθώς και η ύπαρξη ή μη οικονομικού οφέλους που τυχόν αποκόμισε η καταγγελλόμενη από τις διαπιστωθείσες

⁷⁴⁶ Βλ. Ανακοίνωση ΕΑ της 12.05.2006, παρ. 14 και Κατευθυντήριες γραμμές για τα πρόστιμα, ό.π., παρ. 28. Ε.Α. 580/VII/2013, σκ. 179.

⁷⁴⁷ Βλ. Ανακοίνωση Ε.Α. για τα πρόστιμα, ό.π. παρ. 15 και Κατευθυντήριες γραμμές για τα πρόστιμα, ό.π., παρ. 28.

⁷⁴⁸ Βλ. Ε.Α. 563/VII/2013, παρ. 359 και ΠΕΚ Τ-213/2000, *CMA CGM κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2003, σελ. ΙΙ- 913, σκ. 303.

παραβάσεις, δεν συνιστούν ελαφρυντική περίπτωση, καθώς οι παράγοντες αυτοί συνεκτιμώνται ήδη κατά την αξιολόγηση της σοβαρότητας των παραβάσεων. Σε κάθε περίπτωση, σε ό,τι αφορά την υπό εξέταση καταγγελία, η επίμαχη σύμπραξη μεταξύ GAMBRO και ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ προκύπτει ότι εφαρμόστηκε στην πράξη για χρονικό διάστημα πέραν της δεκαετίας με βάση την ανωτέρω ανάλυση, με προφανή συνέπεια και το γεωγραφικό «αποκλεισμό» της Ελληνικής Επικράτειας επ' ωφελεία των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων.

Τελικό ποσό

549. Για τους ανωτέρω λόγους, μολονότι το μερίδιο της ίδιας της GAMBRO, η οποία δραστηριοποιείται μόνο στη χονδρική αγορά, δεν ξεπέρασε ουσιαστικά το 30% καθ' όλη την εξεταζόμενη περίοδο (πλην ενός έτους)⁷⁴⁹, το πρόστιμο που θα πρέπει να επιβληθεί στην εταιρία GAMBRO υπολογίζεται σε ποσοστό [...] επί του συνολικού κύκλου εργασιών αυτής, ενώ το πρόστιμο που θα πρέπει να επιβληθεί στην εταιρία ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ, η οποία δραστηριοποιείται στη λιανική αγορά (όπως και η καταγγέλλουσα) υπολογίζεται σε ποσοστό [...] επί του συνολικού κύκλου εργασιών αυτής, το οποίο θεωρείται εύλογο και στις δύο περιπτώσεις, δεδομένου ιδίως του ευαίσθητου κλάδου στον οποίο αφορά η υπό εξέταση υπόθεση, σε συνδυασμό και με τη σχετικά μεγάλη διάρκεια της παράβασης (μεγαλύτερη της δεκαετίας). Είναι δε χαρακτηριστικό ότι κατά το παρελθόν, η ΕΑ σε περιπτώσεις κάθετων συμπράξεων έχει κινηθεί κατά τρόπο ανάλογο: Για παράδειγμα, στην απόφαση για την εταιρία «CARREFOUR – ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.» (υπ' αριθ. 495/VI/2010), η ΕΑ επέβαλε για την παράβαση των καθέτων συμπράξεων (καθορισμό τιμών μεταπώλησης) πρόστιμο ύψους 6.728.272 ευρώ. Το βασικό ποσοστό προστίμου επί του συνολικού κύκλου εργασιών που ελήφθη υπόψη για τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου για το σκέλος της παράβασης που έφθανε μέχρι το 2006 ήταν το [...], ενώ για το σκέλος της παράβασης που εκτεινόταν μετά το 2006 ήταν το [...], και αφορούσε τον καθορισμό τιμής μεταπώλησης (RPM). Επίσης, και στην απόφαση της ΕΑ υπ' αριθ. 373/V/2007, και ειδικότερα για τις εταιρίες ΜΕΒΓΑΛ και ΔΕΛΤΑ-VIVARTIA, η ΕΑ επέβαλε για τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης στους διανομείς τους, στην εταιρία ΜΕΒΓΑΛ πρόστιμο ύψους 2.608.450 ευρώ και στην εταιρία ΔΕΛΤΑ- VIVARTIA πρόστιμο ύψους 21.747.976 ευρώ. Το βασικό ποσοστό προστίμου επί του συνολικού κύκλου εργασιών που ελήφθη υπόψη για τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου ήταν το [...], και αφορούσε τον καθορισμό τιμής μεταπώλησης (RPM).

Πίνακας 8: Υπολογισμός προστίμου GAMBRO

Έτος	Κύκλος εργασιών βάσει άρθρου 1/101 (σε €)	Ποσοστό επί κύκλου εργασιών	Βασικό ποσό προστίμου (σε €)
2003 ⁷⁵⁰	[...]	[...]	[...]
2004	[...]		[...]

⁷⁴⁹ Κατ' ακρίβεια το ξεπέρασε μόνο το έτος 2008 για λιγότερο από μία μονάδα (ήτοι [25-35]%).

⁷⁵⁰ Ο κύκλος εργασιών της GAMBRO στην Ελλάδα για μηχανήματα και ανταλλακτικά για το έτος 2003 δεν κατέστη δυνατό να εντοπιστεί, σύμφωνα με την υπ' αριθ. πρωτ. 460/22.07.19 απαντητική επιστολή της εταιρίας.

Βάσει της Ανακοίνωσης Προστίμων της ΕΑ, παρ. 13 αναφέρεται ότι «Στην περίπτωση που η Επιτροπή δεν διαθέτει αξιόπιστα οικονομικά στοιχεία προκειμένου να υπολογίσει το βασικό ποσό του προστίμου για όλο το χρονικό διάστημα της παράβασης, για το χρονικό διάστημα που υπολείπεται θα λαμβάνονται υπόψη τα υψηλότερα ετήσια ακαθάριστα έσοδα που πραγματοποιήθηκαν κατά τη διάρκεια της παράβασης.»

Έτος	Κύκλος εργασιών βάσει άρθρου 1/101 (σε €)	Ποσοστό επί κύκλου εργασιών	Βασικό ποσό προστίμου (σε €)
2005	[...]		[...]
2006	[...]		[...]
2007	[...]		[...]
2008	[...]		[...]
2009	[...]		[...]
2010	[...]		[...]
2011	[...]		[...]
2012	[...]		[...]
2013	[...]		[...]
2014	[...]		[...]
2015	[...]		[...]
Σύνολο			1.103.479,90

Πίνακας 9: Υπολογισμός προστίμου ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ

Έτος	Κύκλος εργασιών βάσει άρθρου 1/101 (σε €)	Ποσοστό επί κύκλου εργασιών	Βασικό ποσό προστίμου (σε €)
2003 ⁷⁵¹	[...]		[...]
2004	[...]		[...]
2005	[...]		[...]
2006	[...]		[...]
2007	[...]		[...]
2008	[...]		[...]
2009	[...]	[...]	[...]
2010	[...]		[...]
2011	[...]		[...]
2012	[...]		[...]
2013	[...]		[...]
2014	[...]		[...]
2015	[...]		[...]

⁷⁵¹ Η Σύμβαση της GAMBRO με την ΙΑΤΡΙΚΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ υπογράφηκε τον Οκτώβριο του 2003, και για τον λόγο αυτό ως κύκλος εργασιών υπολογίζονται τα 3/12 του κύκλου εργασιών του εν λόγω έτους.

Έτος	Κύκλος εργασιών βάσει άρθρου 1/101 (σε €)	Ποσοστό επί κύκλου εργασιών	Βασικό ποσό προστίμου (σε €)
Σύνολο			165.810

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αποφάσισε ομόφωνα και σε φανερή ψηφοφορία τα ακόλουθα:

I. Κάνει δεκτή την καταγγελία της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» και διαπιστώνει παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ από τις εταιρίες «Gambro Lundia AB» και «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» για τους λόγους που εκτενώς αναφέρθηκαν ανωτέρω,

II. Υποχρεώνει τις εταιρίες «Gambro Lundia AB» και «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» να παύσουν την ως άνω διαπιστωθείσα παράβαση, στον βαθμό που αυτή συνεχίζεται και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον,

III. Απορρίπτει ως αβάσιμη την καταγγελία της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά της εταιρίας «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ», για παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, για τους λόγους που εκτενώς αναφέρθηκαν ανωτέρω. Επίσης, η ΕΑ αποφάσισε ότι για την εν λόγω εταιρία δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις απαγόρευσης με βάση το άρθρο 101 ΣΛΕΕ κι ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος περαιτέρω δράσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού στην παρούσα υπόθεση ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα.

IV. Απορρίπτει ως αβάσιμες τις καταγγελίες της εταιρίας «ΣΕΡΚΟ ΕΠΕ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΑ - ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (Εισαγωγές - Αντιπροσωπείες - Service)» κατά των εταιριών «Gambro Lundia AB», «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» και «ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ», για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 από τις εταιρίες αυτές, με βάση το σκεπτικό της απόφασης. Επίσης, η ΕΑ αποφάσισε ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις απαγόρευσης με βάση το άρθρο 102 ΣΛΕΕ κι ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος περαιτέρω δράσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού στην παρούσα υπόθεση ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα.

V. Επιβάλλει πρόστιμο στην εταιρία «Gambro Lundia AB» για την τέλεση της διαπιστωθείσας για το χρονικό διάστημα από τον Οκτώβριο του 2003 έως τον Δεκέμβριο

2015, βάσει του ως άνω σκεπτικού, παράβασης του άρθρου 1 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε, πλέον άρθρου 1 του ν. 3959/2011, καθώς και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ύψους ενός εκατομμυρίου εκατόν τριών χιλιάδων τετρακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και ενενήντα λεπτών (1.103.479,90) ευρώ,

VI. Επιβάλλει πρόστιμο στην εταιρία «Ιατρικά Προϊόντα ΕΠΕ» για την τέλεση της διαπιστωθείσας για το χρονικό διάστημα από τον Οκτώβριο του 2003 έως το Δεκέμβριο 2015, βάσει του ως άνω σκεπτικού, παράβασης του άρθρου 1 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε, πλέον άρθρου 1 του ν. 3959/2011, καθώς και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ύψους εκατόν εξηναπέντε χιλιάδων οκτακοσίων δέκα ευρώ (165.810,00) ευρώ,

VII. Απειλεί έκαστη από τις προαναφερόμενες εταιρίες με χρηματική ποινή/πρόστιμο ποσού δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ για κάθε ημέρα καθυστέρησης συμμόρφωσης προς την ως άνω απόφαση, από την ημέρα της δημοσίευσής της, ήτοι για κάθε μέρα επανάληψης της ως άνω παράβασης, εφόσον διαπιστωθεί τέτοια με νέα απόφαση της Επιτροπής.

Η απόφαση εκδόθηκε την 30η Ιουλίου 2019.

Η απόφαση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Η Πρόεδρος

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΘΑΝΟΥ - ΧΡΙΣΤΟΦΙΛΟΥ

Αριθμ. οικ.510

Διαβιβάζεται η υπ' αρ. 689/2019 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Αθήνα, 9 Οκτωβρίου 2020

Ο Πρόεδρος της Επιτροπής Ανταγωνισμού

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΙΑΝΟΣ