

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1414/20-09-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 29.09.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. .../2023 με ΑΔΑΜ ... 2023-08-31 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, ειδικώς δε να ακυρωθούν οι απαιτήσεις που περιέχονται στο άρθρο 2.2.6. Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα καθώς και στο Παράρτημα Ι της υπόψη διακήρυξης και συγκεκριμένα στο Κεφάλαιο 2, παράγραφος 2.3, Κεφάλαιο 4, παράγραφος 4.2, Κεφάλαιο 5, παράγραφοι 5.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 1679/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 1.044,36, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάθεση του έργου «Υπηρεσίες Επισκευής και συντήρησης ...», 208.870,97€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (259.000,00€ με ΦΠΑ), διάρκειας ενός έτους και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομικής άποψης βάσει τιμής. Η προσφεύγουσα άσκησε κατά συγκεκριμένων όρων της υπ' αριθμ. .../2023 προηγούμενης διακήρυξης με το ίδιο αντικείμενο την από 25.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 759/25.05.2023 προδικαστική προσφυγή της αιτούμενη την ακύρωσή τους. Επ' αυτής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1111/2023 απόφαση του 2^{ου} Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ που την έκανε εν μέρει δεκτή. Σε συμμόρφωση με το διατακτικό της υπ' αριθμ. 1111/2023 απόφασης, το διοικητικό συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής κατά την 26^η/01-08-2023 συνεδρίαση ενέκρινε το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού και ειδικότερα κατά το μέρος του που επιβάλλεται συμμόρφωση του Νοσοκομείου στην υπ' αριθμ. 1111/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, και δημοσίευσε εκ νέου την υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ... 2023-08-31) με το ίδιο ακριβώς αντικείμενο με ενσωματωμένες πλέον τις κρίσεις της Αρχής.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18.09.2023, ήτοι εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 13.09.2023.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 19.09.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, ενώ παράλληλα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. .../ 29.09.2023 απόψεις της σχετικά με αυτή.

5. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δραστηριοποιείται στον τομέα των ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων, των υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης

ψυκτικού και υδραυλικού εξοπλισμού, καυστήρων και παροχής εξειδικευμένου τεχνικού προσωπικού και ως εκ τούτου έχει δικαιολογημένο ενδιαφέρον να διεκδικήσει την ανάθεση της υπόψη σύμβασης, καθότι το αντικείμενό της εμπίπτει στους σκοπούς της. Ωστόσο, στην εν λόγω διακήρυξη έχουν τεθεί όροι σχετιζόμενοι με τις ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης και τα κριτήρια τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας που καθιστούν αδύνατη, άλλως εξαιρετικά δυσχερή, την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της προσφεύγουσας, ανταγωνιζόμενη προσφορές άλλων οικονομικών φορέων, χωρίς την διασφάλιση συνθηκών ίσης μεταχείρισης και ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού. Επίσης ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιλαμβάνει όρους με τους οποίους νοθεύεται ο ανταγωνισμός, καθόσον τίθενται είτε παντελώς ασαφείς και αόριστες, είτε υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτήσεις όσον αφορά στις ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές και στην τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων που μπορούν να λάβουν μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, ένεκα των οποίων εμποδίζεται η διαμόρφωση μιας σαφούς, πλήρους, ανταγωνιστικής και ρεαλιστικής κοστολογημένης προσφοράς. Όπως εκτέθηκε στη σκέψη 2 της παρούσας, η προσφεύγουσα είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της αρχικής υπ' αριθμ. 06/2023 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με το ίδιο αντικείμενο αιτούμενη την ακύρωση της, η οποία προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή. Κατόπιν αυτού η αναθέτουσα αρχή συμμορφούμενη στην υπ' αριθμ. 1111/2023 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ δημοσίευσε εκ νέου την υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ... 2023-08-31) με το ίδιο ακριβώς αντικείμενο με ενσωματωμένες πλέον τις κρίσεις της Αρχής. Επομένως, εφόσον η με την παρούσα προσβαλλόμενη διακήρυξη ουσιαστικά έχει το ίδιο αντικείμενο και όρους με την προηγούμενη ακυρωθείσα διακήρυξη, πλην των όρων που τροποποιήθηκαν μετά από τη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξης άνευ εννόμου συμφέροντος και τούτο διότι δεν είχε στραφεί αρχικά κατά των όρων που προσβάλει με την υπό κρίση προσφυγή, οι οποίοι όροι έχουν παραμείνει ίδιοι. Επομένως, μία πιθανή τακτική υποψήφιου οικονομικού φορέα να στρέφεται κατά περίπτωση κατά ορισμένων μόνο όρων διακήρυξης κάθε φορά και σε περίπτωση επαναπροκήρυξης να συνεχίζει να προσβάλλει διαφορετικούς όρους που προϋπήρχαν, οδηγεί σε μία ατέρμονη διαδικασία

καθυστέρησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι καταχρηστική. Ως εκ τούτου με την παρούσα προσφυγή απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά των όρων της διακήρυξης που προϋπήρχαν. Σε κάθε περίπτωση όμως, ως προς τη βασιμότητα λεκτέα τα εξής:

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθούν οι όροι του παραρτήματος Ι λόγω του ότι περιλαμβάνουν ασαφείς, αόριστες, και ανεπίδεκτες εκτιμήσεως προδιαγραφές, οι οποίες εμποδίζουν την διαμόρφωση μιας πλήρους, ρεαλιστικής και βασίμως κοστολογημένης προσφοράς. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι ο όρος χνί της παραγράφου 2.3.1. και ο όρος χιν της παραγράφου 2.3.2., δεν επιτρέπουν την διαμόρφωση μίας πλήρους, ρεαλιστικής και ολοκληρωμένης προσφοράς, καθώς οι οικονομικοί φορείς δεν έχουν την δυνατότητα πλήρους γνώσης της ποιότητας και της ποσότητας αυτών των συσκευών, μηχανημάτων και εγκαταστάσεων καθώς και την αιτία που κάποιες εξ αυτών σήμερα παραμένουν ανενεργές. Επομένως, είναι προφανής η αοριστία και καταχρηστικότητα του επίμαχου όρου μέσω του οποίου η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να εντάξει στο υπό ανάθεση αντικείμενο εργασιών την επισκευή, συντήρηση και τεχνική υποστήριξη οιασδήποτε εγκατάστασης, ακόμα κι αν αυτή δεν περιγράφεται καν στην υπόψη διακήρυξη, εφόσον λειτουργεί στους χώρους της αναθέτουσας ή ενδέχεται να λειτουργήσει.

7. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης συνάγονται τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Στο άρθρο 2.3 του παραρτήματος Ι ορίζεται ότι: «2.3. Εγκαταστάσεις που περιλαμβάνονται στη σύμβαση. Στη σύμβαση περιλαμβάνονται όλες οι ... εγκαταστάσεις του Γ.Ν., όπως επιγραμματικά περιγράφονται παρακάτω. Επιπροσθέτως, η συντήρηση, επισκευή και θέση σε λειτουργία εγκαταστάσεων ή εξοπλισμού ο οποίος βρίσκεται προσωρινά εκτός λειτουργίας κατά το χρόνο έναρξης της Σύμβασης για οποιοδήποτε λόγο (βλάβη, έλλειψη ανταλλακτικού, μη χρησιμοποίηση κλπ) αλλά που είναι απαραίτητο να λειτουργήσει κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της, περιλαμβάνονται στις υποχρεώσεις του Αναδόχου ο οποίος είναι υποχρεωμένος να προβεί στην επισκευή τους και τη θέση αυτών σε λειτουργία, ασχέτως εάν τις παρέλαβε ανενεργές, εφόσον δεν πρόκειται για

εξειδικευμένες εργασίες και δεν γίνεται ιδιαίτερη μνεία στην σύμβαση. Η επίσκεψη στις εγκαταστάσεις του Νοσοκομείου, θα γίνει για όλους τους υποψήφιους συμμετέχοντες πριν την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, κατόπιν συνεννόησης με την Τεχνική Υπηρεσία. Η Τεχνική Υπηρεσία θα δώσει βεβαίωση επίσκεψης όλων των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων του Νοσοκομείου την οποία ο υποψήφιος υποχρεούται να συμπεριλάβει στα δικαιολογητικά συμμετοχής του διαγωνισμού ... εγκαταστάσεις οι οποίες δεν αναφέρονται ρητά ως ακολούθως και οι οποίες δεν υπήρχαν στο Νοσοκομείο κατά το χρόνο σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά δημιουργήθηκαν και υφίστανται κατά το χρόνο κατάρτισης και κατά τη διάρκεια της Σύμβασης, και δεν περιγράφονται στις παραπάνω κατηγορίες, θα περιλαμβάνονται σε αυτήν.».

Εν συνεχεία με τα άρθρα 2.3.1 και 2.3.2 περιγράφονται οι μηχανολογικές και ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις, τις οποίες οφείλει να συντηρήσει ο ανάδοχος. Με τις παραγράφους χνίκαι χιντων ως άνω άρθρων ορίζεται ότι στις κατηγορίες των ... εγκαταστάσεων εντάσσεται και κάθε εγκατάσταση ή μηχανήμα που χαρακτηρίζεται ως ... ή αντίστοιχα Προκειμένου οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν σαφή εικόνα όλων αυτών των μηχανολογικών και ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων, με το άρθρο 2.3 της διακήρυξης ορίζεται η υποχρέωση να πραγματοποιήσουν επιτόπια επίσκεψη στο χώρο του νοσοκομείου ώστε να καταγράψουν πόσες και ποιες είναι, σε τι κατάσταση βρίσκονται και τι είδους συντήρηση θέλουν. Επομένως, αβάνισμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν μπορεί να έχει πλήρη γνώση της ποιότητας και της ποσότητας αυτών των συσκευών, μηχανημάτων και εγκαταστάσεων ώστε να υποβάλει συγκεκριμένη προσφορά, αφού με την υποχρεωτική επίσκεψη στους χώρους του Νοσοκομείου θα μπορούσε να διαπιστώσει όλα τα ανωτέρω και να υποβάλει μία σωστή οικονομική και τεχνική προσφορά. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι αβάνισμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι οι όροι 2.2.6. Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα και 4.2. του Παραρτήματος Ι είναι «φωτογραφικοί», με αποτέλεσμα την δημιουργία δυσμενών διακρίσεων σε βάρος των υποψήφιων οικονομικών φορέων.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί φωτογραφικού όρου είναι απορριπτέος διότι όπως παγίως έχει κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ο ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ)314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009), γεγονός που δεν ισχύει εν προκειμένω, αφού στον υπό κρίση λόγο γίνονται αόριστες αναφορές ότι σε όλη την επικράτεια μόνο ένας οικονομικός φορέας δύναται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό. Επίσης, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι τα προσβαλλόμενα άρθρα δημιουργούν υπέρμετρους και αδικαιολόγητους περιορισμούς στη συμμετοχή, διότι είναι στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να διαμορφώσει τους όρους της διακήρυξης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε οι συμμετέχοντες να έχουν επαρκή προϋπηρεσία στο χώρο επισκευής και συντήρησης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων νοσοκομειακών μονάδων σε μέγεθος ίδιο περίπου με το Γενικό Νοσοκομείο Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα θα μπορούσε να υποβάλλει προσφορά στηριζόμενη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, ώστε να ανταπεξέλθει στις επίμαχες απαιτήσεις της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί διότι δεν έχει λάβει χώρα απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής που να εγκρίνει την τροποποίηση της αρχικής υπ' αριθ. .../2023 διακήρυξης.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο: Προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1111/2023 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ ελήφθη απόφαση από το διοικητικό συμβούλιο κατά τη 26η /01-08-2023 συνεδρίαση(ΘΕΜΑ 10 «Έγκριση πρακτικού αξιολόγησης ΗΛ.ΔΑΔ για το έργο «Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ...»»), σύμφωνα με την οποία εγκρίθηκε το σχετικό πρακτικό και ειδικότερα κατά το μέρος που αφορά τη συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Κατόπιν αυτού

συνάγεται ότι το διοικητικό συμβούλιο έχει δώσει την έγκρισή του για τη σύνταξη της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί και ως αόριστος διότι η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει την τυχόν βλάβη που θα υποστεί στην υποθετική περίπτωση που το διοικητικό συμβούλιο δεν είχε εγκρίνει τη διακήρυξη.

12. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το άρθρο 5 του παραρτήματος Ι της διακήρυξης είναι καταχρηστικό αφού σε αυτό περιλαμβάνονται υποχρεώσεις, οι οποίες δεσμεύουν υπερβολικά τον ανάδοχο.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τέταρτο λόγο: Η προσφεύγουσα αβάσιμα στρέφεται κατά του άρθρου 5 ισχυριζόμενη ότι οι υποχρεώσεις του αναδόχου κατά την εκτέλεση της σύμβασης είναι καταχρηστικές και τούτο διότι στις περιπτώσεις αυτές η ευθύνη για την σωστή λειτουργία των μηχανημάτων και τυχόν ζημίες που θα προκληθούν από δυσλειτουργία αυτών, βαρύνει πάντα τον ανάδοχο και όχι την αναθέτουσα αρχή, όπως εξάλλου ορίζεται σε όλες τις αντίστοιχες δημόσιες συμβάσεις. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 15^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ