

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 05^η Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1656/27.10.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η διακήρυξη υπ' αριθμ. ... & ΑΔΑΜ: ... δημόσιου ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την «...», με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 600,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...» (CPV: ...) του... . Ειδικότερα το τμήμα Α' αφορά την: «Συντήρηση (με ...)», με προϋπολογισθείσα δαπάνη ... € χωρίς ΦΠΑ και ... € με ΦΠΑ, ενώ η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη είναι ... € χωρίς ΦΠΑ και ... € με ΦΠΑ.

Αριθμός Απόφασης: 1924/2023

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 26.10.2023, ήτοι εντός της, προβλεπόμενης στο άρθρο 3.4 της διακήρυξης, προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 24.03.2023.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 26.10.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε τις υπ' αριθμ. πρωτ. ... απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώσ στις 11.11.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

5. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι διαθέτει όλους τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους, για να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, πλην όμως οι προσβαλλόμενοι με την παρούσα όροι – και προδιαγραφές, του τμήματος Α' της διακήρυξης με αριθμ. ... , καθιστούν ουσιαδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Επομένως, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι παράνομοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος II για το τμήμα ... του διαγωνισμού και τα αντίστοιχα παράνομα αποδεικτικά μέσα (παράγραφος ... του άρθρου 2.2.9.2) των κριτηρίων επιλογής (2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), που ορίζουν ότι: *«Ενόψει της σπουδαιότητας των μηχανημάτων ... , των οποίων επιδιώκεται η συντήρηση και της ανάγκης προστασίας της δημόσιας υγείας, αυτά θα πρέπει να επισκευάζονται από άτομα που είναι εξουσιοδοτημένα από τον κατασκευαστικό οίκο ή από αρμόδιο όργανο, προκειμένου να επιτυγχάνεται η αξιόπιστη και ασφαλής λειτουργία τους και η συνεχής ανταπόκρισή τους προς τις προδιαγραφές τους. Προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας ο υποψήφιος πρέπει να διαθέτει και να υποβάλει μαζί με την προσφορά του, για τουλάχιστον ... (...) τεχνικούς του, πιστοποιητικά εκπαίδευσης από τον κατασκευαστικό οίκο ή από ανεξάρτητο οργανισμό πιστοποίησης και τα οποία να αφορούν τα*

Αριθμός Απόφασης: 1924/2023

συγκεκριμένα μοντέλα και τύπο των μηχανημάτων. Η ανάδοχος εταιρεία οφείλει να διαθέτει διαρκή πρόσβαση στις τελευταίες ισχύουσες εκδόσεις των τεχνικών εγχειριδίων (*service manuals*), λογισμικών (*softwares updates*) και τεχνικών πληροφοριών (*technical information*) του κατασκευαστικού οίκου, γεγονός που θα πιστοποιείται από την κατάθεση αντίστοιχης βεβαίωσης από τον κατασκευαστικό οίκο. Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...] γ) Προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας, ο συντηρητής πρέπει να προσκομίσει πιστοποιητικά εκπαίδευσης από τον κατασκευαστικό οίκο για τα συγκεκριμένα μηχανήματα, για τουλάχιστον έναν τεχνικό. [...].

7. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Ο κρινόμενος όρος της διακήρυξης απαιτεί εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων ή εξουσιοδότηση από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης. Όσον αφορά το τμήμα του ως άνω όρου το οποίο απαιτεί εξουσιοδότηση από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης, αυτό πρέπει να ακυρωθεί διότι οι φορείς πιστοποίησης δεν εκδίδουν εξουσιοδοτήσεις αλλά πιστοποιούν όποιον πληροί τα διεθνή αναγνωρισμένα σε κάθε περίπτωση πρότυπα. Επιπροσθέτως, δεν υπάρχουν ανεξάρτητοι οργανισμοί πιστοποίησης που να εκπαιδεύουν και να χορηγούν πιστοποιητικά εκπαίδευσης για τη συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων ... του οίκου ... τύπων ... και Περαιτέρω, όσον αφορά το τμήμα του ως άνω όρου σύμφωνα με το οποίο για την παραδεκτή συμμετοχή απαιτείται εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων λεκτέα τα εξής: Για τα μηχανήματα του κατασκευαστή ... αποκλειστικός αντιπρόσωπος στην Ελλάδα είναι η εταιρεία «...» και ως εκ τούτου η επίμαχη εξουσιοδότηση μπορεί να δοθεί μόνο προς την εταιρεία αυτή, ενώ η συμμετοχή άλλου οικονομικού φορέα, όπως εν προκειμένω της προσφεύγουσας, εξαρτάται από την εκπαίδευση και την αντίστοιχη συνδρομή της πιθανής ανταγωνίστριας τους προαναφερομένης εταιρείας. Άρα με το περιεχόμενο αυτού του όρου η εταιρεία «...» έχει τη δυνατότητα να διαμορφώνει τον ανταγωνισμό κατά το δοκούν και η απαίτηση για εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή «...» ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο του όρου αυτού της υπό ανάθεση

Αριθμός Απόφασης: 1924/2023

σύμβασης, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής καταλληλότητας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος και να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος των τεχνικών προδιαγραφών (... μέρος), σελ. ... της διακήρυξης και τα αντίστοιχα αποδεικτικά μέσα παρ. 2.2.9.2 υποπαρ. ... γ σελ. ..., για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης (σελ. ...), ο οποίος ορίζει ότι: « [...] *Εναλλακτικά η τεχνική ικανότητα μπορεί να αποδεικνύεται με συμβάσεις συντήρησης ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης συντήρησης των συγκεκριμένων μηχανημάτων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία ... από ... τουλάχιστον Δημόσια ή Ιδιωτικά ...* ». «B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...] γ) Προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας, ο συντηρητής πρέπει να προσκομίσει [...]. *Εναλλακτικά η τεχνική ικανότητα μπορεί να αποδεικνύεται με δύο βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης συντήρησης των συγκεκριμένων μηχανημάτων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία ... από Δημόσια ή Ιδιωτικά ...* ».

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης συνάγονται τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με τις προσβαλλόμενες απαιτήσεις της διακήρυξης, ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να προσκομίσει συμβάσεις συντήρησης ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης συντήρησης των συγκεκριμένων μηχανημάτων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία ... από ... τουλάχιστον Δημόσια ή Ιδιωτικά ... (τεχνική προδιαγραφή σελ. ...) και ο συντηρητής πρέπει να προσκομίσει [...] δύο βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης συντήρησης των συγκεκριμένων μηχανημάτων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία ... από Δημόσια ή Ιδιωτικά ... (αποδεικτικό μέσο ... του άρθρου 2.2.9.2 απόδειξης του κριτηρίου επιλογής ... σελ. ...) όχι μόνο του συγκεκριμένου τύπου όπως απαιτεί το ίδιο το κριτήριο επιλογής ... (σελ. ...) της προσβαλλόμενης διακήρυξης, αλλά των συγκεκριμένων μηχανημάτων όπως αυτές αποτυπώνονται στη διακήρυξη, με αποτέλεσμα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός.

Αριθμός Απόφασης: 1924/2023

Το επίμαχο αποδεικτικό μέσο της παραγράφου ... αναφέρει ότι πρέπει να προσκομισθούν συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων ... ίδιων με του αντικειμένου της σύμβασης, δηλαδή του οίκου ... μοντέλων ... και συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων ... του συγκεκριμένου εξοπλισμού, δηλαδή ξανά του οίκου ... μοντέλων ... Όπως έχει ήδη κριθεί ad hoc σχετικά με τον ίδιο όρο προηγούμενης ακυρωθείσας διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθμ.../2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ, η απαίτηση για βεβαιώσεις συντήρησης και η προσκόμιση ίδιων καταλόγων του όρου ... που αφορούν μόνο τα μηχανήματα ... ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής καταλληλότητας, οι οποίοι θα έπρεπε να περιλαμβάνουν και βεβαιώσεις συντήρησης συναφών συμβάσεων συντήρησης μηχανημάτων που να επιτελούν τον ίδιο σκοπό, δηλαδή Επομένως, ο όρος ... είναι παράνομος, όπως κρίθηκε ήδη με την υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ και πρέπει να ακυρωθεί γενομένου δεκτού ως βάσιμου του υπό κρίση δεύτερου λόγου.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος των τεχνικών προδιαγραφών της σελίδας ... της διακήρυξης, ο οποίος ορίζει ότι: *«Η ανάδοχος εταιρεία υποχρεούται να διαθέτει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία για την απρόσκοπτη παροχή των γνησίων και καινούργιων απαιτούμενων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις του μηχανήματος καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διατηρεί απόθεμα ανταλλακτικών στις αποθήκες του για την κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση των συμβεβλημένων πελατών του. Η γνησιότητα των χρησιμοποιημένων υλικών να μπορεί να πιστοποιηθεί όταν και εάν ζητηθεί από το ... , με τα αντίστοιχα έγγραφα (π.χ. ... κ.λ.π.). Σε καμία όμως περίπτωση ο ανάδοχος δεν μπορεί να επικαλεστεί την αδυναμία διάθεσης ανταλλακτικών και αναλώσιμων.»*

Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος είναι παράνομος διότι η κατασκευάστρια εταιρεία ..., μέσω της θυγατρικής της εταιρείας ... από κοινού, με τον αποκλειστικό της διανομέα στην Ελλάδα, εταιρεία «...», είναι αρμόδιες να χορηγήσουν την απαιτούμενη βεβαίωση, γεγονός το οποίο όμως

Αριθμός Απόφασης: 1924/2023

αρνούνται να πράξουν στην περίπτωση της προσφεύγουσας εις βάρος του ελεύθερου ανταγωνισμού.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο: Ο ως άνω όρος των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, υπερβαίνει το αναγκαίο, κατάλληλο και πρόσφορο μέσο απόδειξης της τεχνικής ικανότητας του αναδόχου συντηρητή σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς θα αρκούσαν άλλοι τρόποι απόδειξης της απαιτούμενης ύπαρξης αποθέματος γνησίων και καινούργιων ανταλλακτικών στις αποθήκες του, όπως για παράδειγμα, κατάθεση σχετικής υπεύθυνη δήλωσης του ιδίου περί αυτού. Επομένως, το συγκεκριμένο μέσο απόδειξης τίθεται κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αφού η εταιρεία «...» ως αποκλειστική διανομέας των μηχανημάτων ..., είναι η μόνη δυνάμενη μαζί με την κατασκευάστρια εταιρεία ... να χορηγήσει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς την επίμαχη βεβαίωση ανταλλακτικών. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τρίτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος ... της διακήρυξης.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 05^η Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 27^η Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ