

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 5^η Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.03.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 430/27.03.2023 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. .../2023 & ΑΔΑΜ: ... δημόσιου ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την «Συντήρηση και επισκευή των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης της μονάδας Τεχνητού Νεφρού (16 μηχανήματα τύπου DBB-05 του Οίκου ... συμπεριλαμβανομένων των ανταλλακτικών (CPV: ...) του Γενικού Νοσοκομείου ... για ένα (1) έτος», 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. .../2023 διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την «Συντήρηση και

επισκευή των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης της μονάδας Τεχνητού Νεφρού (16 μηχανήματα τύπου DBB-05 του Οίκου ... συμπεριλαμβανομένων των ανταλλακτικών (CPV: ...) του Γενικού Νοσοκομείου ... για ένα (1) έτος», με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: ... και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 60.000,00 € χωρίς ΦΠΑ και 74.400,00 € με ΦΠΑ.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 27.03.2023, 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 19.09.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και εν προκειμένω από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει πως είναι άλλος από την εταιρεία «...», ενώ παράλληλα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 12.04.2023 τις υπ' αριθμ. .../ 11.04.2023 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 12.04.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 18.04.2023 (επόμενη εργάσιμη μετά τη Δευτέρα του Πάσχα) το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της. Οι εν λόγω απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν λαμβάνονται υπόψη ως εκπρόθεσμες, διότι κοινοποιήθηκαν στην ΕΑΔΗΣΥ στις 12.04.2023 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δηλαδή μετά την παρέλευση των 15 ημερών από την ημερομηνία κατάθεσης της υπό κρίση προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ.β) του Ν.4412/2016.

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, της διακήρυξης με αριθμ. ...2023, καθιστούν ουσιωδώς

δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Επομένως, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί το αποδεικτικό μέσο Β.4. του όρου 2.2.9.2 της διακήρυξης, το οποίο απαιτεί προσκόμιση αποδεικτικού μέσου, διότι δεν αποδεικνύει αυτό που θα έπρεπε να αποδεικνύει, ήτοι την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής 2.2.6 της διακήρυξης. Ειδικότερα αναφέρει ότι το αποδεικτικό μέσο Β.4 (σελ.20) της διακήρυξης, την αναγκάζει να προσκομίσει κατάλογο παραδόσεων, σε υπηρεσίες του Δημοσίου (ημεδαπής ή αλλοδαπής), αλλά και σε ιδιώτες που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία ιδίων με το αντικείμενο της σύμβασης, δηλαδή να προσκομίσει κατάλογο με συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του οίκου ... μοντέλων DBB- 05 (ιδίων με το αντικείμενο της σύμβασης, με αριθμ. διακήρυξης .../2023.

7. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης συνάγονται τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Στις σελίδες 19-20 της διακήρυξης ορίζεται το αποδεικτικό μέσο Β.4, που απαιτεί την προσκόμιση *«Κατάλογου παραδόσεων, σε Υπηρεσίες του Δημοσίου (ημεδαπής ή αλλοδαπής), αλλά και σε ιδιώτες που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία ιδίων με το αντικείμενο της σύμβασης»*. Το αποδεικτικό μέσο Β.4, αναφέρει ότι πρέπει να προσκομισθούν συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ιδίων με του αντικειμένου της σύμβασης, δηλαδή του οίκου ... μοντέλων DBB-05 και συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του συγκεκριμένου εξοπλισμού, δηλαδή ξανά του οίκου ... μοντέλων DBB-05. Όπως έχει ήδη κριθεί ad hoc σχετικά με τον ίδιο όρο προηγούμενης ακυρωθείσας διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με την υπ'αριθμ.1606/2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ, η απαίτηση για βεβαιώσεις συντήρησης του όρου 4 και προσκόμιση ιδίων καταλόγων του όρου Β.4 που αφορούν μόνο τα μηχανήματα ... DBB-05 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 την αιμοκάθαρση. Επομένως, ο όρος Β.4 είναι παράνομος, όπως κρίθηκε ήδη με την υπ' αριθμ. 1606/2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ και πρέπει να ακυρωθεί γεγονός δεκτού ως βάσιμου του υπό κρίση πρώτου λόγου.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 1.7 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης κατά το μέρος που ορίζει ότι: *«Ο ανάδοχος συντηρητής υποχρεούται να διαθέτει βεβαίωση από οποιονδήποτε τρίτο διανομέα του κατασκευαστικού οίκου των γνησίων και καινούργιων απαιτούμενων ανταλλακτικών (ακόμα και αν η σχέση εμπορικής αντιπροσώπευσης ήταν ενεργή σε πρότερο του διαγωνισμού χρόνου) που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις του μηχανήματος καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.»*. 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 αρνούνται να πράξουν στην περίπτωση της προσφεύγουσας εις βάρος του ελεύθερου ανταγωνισμού.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Ο ως άνω όρος 1.7 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 του όρου 1.7 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 δεύτερος

Αριθμός Απόφασης: 780/2023

λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος 1.7 της διακήρυξης.

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

11. 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 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 25 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ