

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα του στις 25 Οκτωβρίου 2022.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 19.09.2022 με ΓΑΚ 1297/19.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία επωνυμία «... (... - ... - ...) και διακριτικό τίτλο «... ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «... ...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 29.09.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η Διακήρυξη υπ' αριθμ. .../2022 της αναθέτουσας αρχής.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ..., ποσού €600,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ./2022 & ΑΔΑΜ: ... 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 για ένα (1) έτος», με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: ... και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας

Αριθμός απόφασης: 1606 /2022

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 19.09.2022, ημέρα Δευτέρα, 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 08.09.2022.

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 απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. 13622/ 04.10.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 03.10.2022, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 07.10.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 19.09.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 29.09.2022 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης στην οποία έχει υποβάλει προσφορά.

7. 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 αρ. .../2022, καθιστούν ουσιαδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Επομένως, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προσφυγή απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, όπως προβάλλονται με τις απόψεις της, αφού ούτε η μη υποβολή παρατηρήσεων κατά το στάδιο της διαβούλευσης, ούτε το κριτήριο

ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής έχουν κάποια επίδραση στη νομιμότητα της προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος «3» του Μέρους Α. Γενικοί Τεχνικοί όροι του «Παραρτήματος Ι Τεχνικές Προδιαγραφές» (σελ.43-44) της Διακήρυξης που ορίζει ότι : *«3) Ο ανάδοχος πρέπει να είναι εξουσιοδοτημένος από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης ή από τον ίδιο τον κατασκευαστή και να διαθέτει κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, ώστε να μπορεί να πραγματοποιεί διορθώσεις, τροποποιήσεις, ανακλήσεις σύμφωνα με το σύστημα διασφάλισης ποιότητας του εργοστασίου κατασκευής και τις αντίστοιχες τυχόν οδηγίες των Ελληνικών ή Ευρωπαϊκών κανονιστικών αρχών, ώστε να εξασφαλίζεται η αρτιότερη και ασφαλέστερη για τους ασθενείς λειτουργία. Τα ανωτέρω δικαιολογητικά προσκομίζονται στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς.»*. Ειδικότερα αναφέρει ότι ο ως άνω όρος κατά το μέρος που απαιτεί εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή αλλά και εξουσιοδότηση και όχι πιστοποίηση από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης, είναι παράνομος, αφού τα μόνα πιστοποιητικά που η νομοθεσία επιτρέπει είναι πιστοποιητικά ISO, αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας, δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών κλπ, δηλαδή βεβαιώσεις από ανεξάρτητες αρχές και οργανισμούς όπως «εξαντλητικά απαριθμούνται», αναφέρονται στο άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, στο άρθρο 46 του Π.Δ. 60/2007, στο άρθρο 60 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στα άρθρα 75 και 80 του Ν. 4412/8-8-2016.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Ο κρινόμενος όρος 3 του Παραρτήματος Ι των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης απαιτεί εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή των μηχανημάτων αλλά και 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. 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 παρεμβαίνουσα, όπως συνομολογεί η ίδια αλλά και η αναθέτουσα αρχή, οι οποίες τονίζουν ότι εξαιτίας του ειδικού χειρισμού αυτών πρέπει να υφίσταται απαιτούμενη γνώση συντήρησης και αναβάθμισης μόνο σχετικά με αυτά τα μηχανήματα. Επομένως η επίμαχη εξουσιοδότηση μπορεί να δοθεί μόνο προς την παρεμβαίνουσα ενώ η συμμετοχή άλλου οικονομικού φορέα, όπως εν προκειμένω της προσφεύγουσας, εξαρτάται από την εκπαίδευση και την αντίστοιχη συνδρομή της ανταγωνίστριάς τους εταιρείας. Άρα με το περιεχόμενο αυτού του όρου η παρεμβαίνουσα 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 3 της υπό ανάθεση 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 και της παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο Γενικός Τεχνικός Όρος «4» των Τεχνικών Προδιαγραφών, σελ.43 και τα αντίστοιχα αποδεικτικά μέσα παρ.2.2.9.2 υποπαρ. Β.4. σελ.20, για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης (σελ.15), ο οποίος αναφέρει ότι «4. Ο ανάδοχος θα πρέπει να προσκομίσει συμβάσεις συντήρησης ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από δημόσια νοσοκομεία για τα οποία έχει αναλάβει σε ετήσια βάση την συντήρηση του συγκεκριμένου εξοπλισμού μέσα στα τελευταία τρία χρόνια.». ««Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Κατάλογο παραδόσεων, σε Υπηρεσίες του Δημοσίου (ημεδαπής ή αλλοδαπής), αλλά και σε ιδιώτες που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία (2018, 2019, 2020) ιδίων με το αντικείμενο της σύμβασης. Στον κατάλογο αυτό θα αναφέρονται οι ποσότητες της κάθε παράδοσης, η αντίστοιχη προσφερθείσα τιμή και η ημερομηνία παράδοσης.

Αριθμός απόφασης: 1606 /2022

Η παράδοση ομοειδών ειδών αποδεικνύεται με την κατάθεση: □ εάν μεν, ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή, με αντίγραφα συμβάσεων, πρωτόκολλα παραλαβής από την αρμόδια αρχή ή βεβαίωση περί εκτέλεσης (ολικά ή μερικά) της σύμβασης.

□ εάν δε, ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας, είτε με αντίγραφα από επίσημα παραστατικά πώλησης (Δελτίο Αποστολής-Τιμολόγιο) είτε με βεβαίωση του αγοραστή. Αν η επιχείρηση λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας, ο οικονομικός φορέας θα υποβάλλει ανάλογα τα ανωτέρω δικαιολογητικά για όσο χρόνο λειτουργεί.» ««2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2019, 2020, 2021) συναφούς αντικειμένου συμβάσεων (παράδοση υπηρεσίας), της εκτιμώμενης αξίας της παρούσας σύμβασης.».

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον υπό κρίση δεύτερο λόγο της προσφυγής: Ο κρινόμενος όρος 4 της διακήρυξης απαιτεί την προσκόμιση βεβαίωσης συντήρησης για τον συγκεκριμένο εξοπλισμό, ο οποίος εν προκειμένω είναι τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού ... DBB-05. Ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης (κριτήριο επιλογής) ορίζει ορθώς ότι απαιτείται η εκτέλεση κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας συναφούς αντικειμένου συμβάσεων. Όμως, τόσο ο όρος 4 όσο και το αποδεικτικό μέσο αυτού Β.4, αναφέρουν ότι πρέπει να προσκομισθούν συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ίδιων 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. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο όρος 4 και το αποδεικτικό μέσο αυτού Β.4 ουσιαστικά αναιρούν τον όρο 2.2.6, ο οποίος απαιτεί την απόδειξη συναφούς αντικειμένου συμβάσεων, αφού επιβάλουν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει αναλάβει συμβάσεις κατά την τελευταία τριετία μόνο συντήρησης μηχανημάτων ... μοντέλων DBB-05. Κάτι τέτοιο όμως δίνει αθέμιτο πλεονέκτημα στην παρεμβαίνουσα, η οποία είναι αποκλειστικός αντιπρόσωπος των εν λόγω μηχανημάτων και έχει τη δυνατότητα να διαμορφώνει τον ανταγωνισμό κατά το δοκούν, μη προμηθεύοντας ανταγωνίστριες εταιρείες, όπως εν προκειμένω η προσφεύγουσα, με τα εν λόγω

μηχανήματα. Η απαίτηση για βεβαιώσεις συντήρησης του όρου 4 και προσκόμιση ίδιων καταλόγων του όρου B.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. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι 4 και B.4 και να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

12. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος «5» του Μέρους Α. Γενικοί Τεχνικοί όροι του «Παραρτήματος Ι Τεχνικές Προδιαγραφές» (σελ.43-44) της διακήρυξης που ορίζει ότι: « 5) Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει όλες τις προβλεπόμενες, από την Ευρωπαϊκή και Ελληνική Νομοθεσία, πιστοποιήσεις για την διαχείριση Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού καθώς και των ανταλλακτικών αυτών, σύμφωνα με τα διεθνή πρότυπα EN ISO9001:2015 & ISO 13485:2016 καθώς και την υπουργική απόφαση ΔΥ8δ/Ι.Π. οικ. 1348/2004, με πεδίο πιστοποίησης την διακίνηση Ιατροτεχνολογικών προϊόντων και την τεχνική υποστήριξη αυτών, τις οποίες και οφείλει να προσκομίσει στην Τεχνική Προσφορά.» επειδή εν προκειμένω το αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι η διακίνηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων αλλά η συντήρηση και επισκευή μηχανημάτων αιμοκάθαρσης.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω τρίτο λόγο: Το αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης είναι η υπηρεσία «για συντήρηση και επισκευής των μηχανημάτων αιμοκάθαρσης της μονάδας τεχνητού νεφρού, για ένα έτος» και όχι η διακίνηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η διακίνηση ανταλλακτικών για τη συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού δεν εντάσσεται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Η ίδια διαθέτει πιστοποιητικά ISO 9001:2015 και ISO 13485:2016, αλλά με πεδίο Πιστοποίησης: «Τεχνική Υποστήριξη Μηχανημάτων Αιμοκάθαρσης

συμπεριλαμβανομένων των συστημάτων επεξεργασίας νερού – Εμπορία σχετικών εξαρτημάτων » και όχι «διακίνηση Ιατροτεχνολογικών προϊόντων», όπως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Όμως, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να διασφαλισθεί η τεχνική καταλληλότητα του υπό προμήθεια αγαθού ή υπηρεσίας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική καταλληλότητα του τελευταίου για τις ανάγκες του συμβατικού αντικειμένου και δεύτερον, το ειδικότερο όριο της τεχνικής προδιαγραφής, που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί είτε έναν υποχρεωτικό νομικά ή τεχνικά όρο για την ίδια την εκτέλεση της υπηρεσίας και την παροχή της από τον ανάδοχο προς την αναθέτουσα είτε να συνιστά μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την καταλληλότητα του ειδικότερου αγαθού ή υπηρεσίας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς το σκοπό αυτό. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η απαίτηση του όρου 5 της διακήρυξης περί προσκόμισης πιστοποιητικών ISO με πεδίο εφαρμογής τη διακίνηση Ιατροτεχνολογικών προϊόντων δεν έχει σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, που αφορά συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού και ως εκ τούτου τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ISO θα έπρεπε να αφορούν μόνο αυτή την υπηρεσία όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επομένως, ο τρίτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθούν οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 7 του Μέρους Α. Γενικοί Τεχνικοί όροι του «Παραρτήματος Ι Τεχνικές Προδιαγραφές» (σελ.44) που ορίζει ότι : *«7) Ο ανάδοχος συντηρητής υποχρεούται να διαθέτει βεβαίωση από την Κατασκευάστρια Εταιρεία για την απρόσκοπτη παροχή των γνήσιων και καινούργιων απαιτούμενων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις*

Αριθμός απόφασης: 1606 /2022

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. Τα κατεστραμμένα ανταλλακτικά ή αναλώσιμα ανταλλακτικά περιέρχονται στην κυριότητα του ..., εκτός εάν υπάρχει ιδιαίτερη συμφωνία ως προς αυτά η οποία θα αναφερθεί και θα αξιολογηθεί από την επιτροπή. Σε κάθε περίπτωση επιδεικνύονται στον Τεχνικό του τμήματος Βιοϊατρικής Τεχνολογίας ή στην επιτροπή παραλαβής Εργασιών που πιθανόν να ορισθεί από το Νοσοκομείο. Επίσης, στην Τεχνική Προσφορά θα υπάρχει, επί ποινή αποκλεισμού, πλήρης και αναλυτικός κατάλογος των αναλωσίμων υλικών ανά μηχανήμα, καθώς και το κόστος αυτών, που δεν συμπεριλαμβάνονται στο τίμημα της ετήσιας συντήρησης», διότι ενώ διαθέτει στοκ ανταλλακτικών που έχει προμηθευτεί από τρίτες εταιρείες δεν είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση από την κατασκευάστρια εταιρεία των μηχανημάτων για την απρόσκοπτη παροχή ανταλλακτικών στο μέλλον.

15. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τέταρτο λόγο: όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και δεν αντικρούουν επί της ουσίας ούτε η αναθέτουσα αρχή ούτε η παρεμβαίνουσα, τα μηχανήματα ... εισάγει αποκλειστικά η παρεμβαίνουσα από την εταιρεία με έδρα το ... της Τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η εταιρεία εισαγωγής στη ... έχουν αρνηθεί την πώληση ανταλλακτικών για τα μηχανήματα ... στην παρεμβαίνουσα παραβιάζοντας με αυτό τον τρόπο την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα η πλήρωση του προσβαλλόμενου όρου 7 να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια ενός εκ των ανταγωνιστών για την ανάληψη της σύμβασης, εν προκειμένω της παρεμβαίνουσας, η οποία δύναται με τελούσες στην απόλυτη ευχέρεια της αποφάσεις, διαδικασίες και ενέργειες, να διαμορφώνει τον τυχόν ανταγωνισμό της αφού αφενός θέτει τους έτερους πλην του ίδιας ανταγωνιστές σε σαφώς μειονεκτική και άνιση υπέρ της θέση, αφετέρου συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η απαίτηση του όρου 7 για προσκόμιση βεβαίωσης από την Κατασκευάστρια Εταιρεία για την απρόσκοπτη παροχή των γνήσιων και καινούργιων απαιτούμενων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις του μηχανήματος καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, κρίνεται ως

Αριθμός απόφασης: 1606 /2022

μη νόμιμη στο μέτρο που αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται τα προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών και να προσκομίζουν βεβαιώσεις αυτού, ακόμα κι αν η σχέση εμπορικής αντιπροσώπευσης ήταν ενεργή σε πρότερο χρόνο και συνεπώς ο διαγωνιζόμενος, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, έχει ήδη προμηθευτεί και επομένως διαθέτει σε στοκ τα απαιτούμενα ανταλλακτικά, εφόσον ο διαγωνιζόμενος είναι σε θέση να

αποδείξει εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του προμηθευτή του – αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο, ανεξαρτήτως του χρόνου που έλαβε χώρα η προμήθεια των ανταλλακτικών. Επομένως ο τέταρτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος 7 της διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

17. 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.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

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

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 14 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ