

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.08.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1213/08.08.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αρ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, σχετικά με τον όρο της περ. δ' της υποπαραγράφου 2.4.3.1. (Δικαιολογητικά Συμμετοχής) αυτής.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη «...» (εφεξής «πρώτη» παρέμβαση), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία άσκησε την από 17.08.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ως άνω προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο «...» (εφεξής «δεύτερη» παρέμβαση), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία άσκησε την από 18.08.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ως άνω προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 892,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Δοθέντος δε, ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης -ως δηλώνει στη προσφυγή της- στις 29.07.2023, ήτοι εντός της δεκαπενθήμερης προθεσμίας που βάσει του νόμου και της διακήρυξης τεκμαίρεται η πλήρης γνώση αυτής, παραδεκτώς ασκεί τη προσφυγή της εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των δέκα ημερών από την πλήρη και πραγματική γνώση της προσβαλλομένης. Επομένως, τα όσα περί αντιθέτου ισχυρίζεται η δεύτερη παρεμβαίνουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ασκούν τις παρεμβάσεις τους, οι ώδε παρεμβαίνουσες, δοθέντος ότι δύνανται να συμμετάσχουν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης διακήρυξης ως έχει. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 14118/22.08.2023 εγγράφου της, αποστέλλει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 22.08.2023, η δε προσφεύγουσα εμπροθέσμως και παραδεκτώς υποβάλλει τα υπομνήματά της, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

21.08.2023, 22.08.2023 και 26.08.2023 επί των απόψεων και των ασκηθεισών παρεμβάσεων, αντιστοίχως.

4. Επειδή, με αριθμ. «...» Διακήρυξη του «...», προκηρύχθηκε επαναληπτικός διεθνής δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός ανοικτής διαδικασίας για την ετήσια προμήθεια «...» και ενός επιπλέον έτους προαίρεσης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 178.498,21 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 14.07.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Η ως άνω διακήρυξη εξεδόθη, μετά την υπ' αριθμ. 254/2023 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας, αφού ελήφθησαν υπόψη α) η σχετική εισήγηση του τμήματος προμηθειών της αναθέτουσας αρχής και β) η με αριθμ. 935/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ αποφασίσθηκε 1) η ματαίωση του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την «...» Διακήρυξη και 2) η επαναπροκήρυξη του διεθνούς δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ετήσια προμήθεια «...» (και ενός επιπλέον έτους προαίρεσης), με νέες επικαιροποιημένες τεχνικές προδιαγραφές, ενδεικτικού προϋπολογισμού 442.152,76€ (με την προαίρεση) με το ΦΠΑ, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη, βάσει τιμής του «...». Προσέτι, η με αριθμ. 935/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ εξεδόθη μετά την άσκηση προδικαστικής προσφυγής της ώδε προσφεύγουσας κατά της με αριθμ. «...» διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής. Δυνάμει της εν λόγω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ έγινε δεκτή η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η προσβαλλομένη διακήρυξη καθ' ο μέρος προσβάλλετο με τη προσφυγή, ήτοι όσον αφορά τον προσβαλλόμενο όρο του Παραρτήματος Ι της με αρ. «...» διακήρυξης. Στον εν λόγω όρο δε, διατυπώνονταν τα εξής: «Οι προμηθευτές με την προσφορά τους πρέπει να καταθέσουν - επί ποινή απόρριψης: [...] 4. Υπεύθυνη Δήλωση όπου θα δηλώνεται το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής της συσκευής και το εργοστάσιο και η χώρα συσκευασίας και διανομής (σε περίπτωση που είναι διαφορετικά). 5. Εφόσον ζητείται στην τεχνική προσφορά η ανωτέρω δήλωση, ο προσφέρων, εάν κατασκευάζει ο

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

ίδιος το τελικό προϊόν, πρέπει να δηλώνει στην προσφορά του, την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχει η ανωτέρω δήλωση, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν, σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και Υπεύθυνη Δήλωσή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη».

5. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχάς ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της υπό κρίση προσφυγής της βάλλει κατά της νέας επαναληπτικής διακήρυξης του διαγωνισμού, ισχυριζόμενη ότι εν προκειμένω έχει εισαχθεί νέος όρος στην προσβαλλομένη, που στην ουσία επαναφέρει τον ήδη ακυρωθέντα δυνάμει της ανωτέρω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, κατά παράβαση των αρχών της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού καθώς και της ισότιμης συμμετοχής των διαγωνιζομένων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, ελλείπει μάλιστα νομικού ερείσματος και ερειδομένου σε εγκύκλιο που εξεδόθη από αναρμόδιο προς τούτο όργανο καθώς και κατά πλημμελή συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με την ανωτέρω απόφαση της Αρχής. Πιο συγκεκριμένα, στη νέα προσβαλλόμενη διακήρυξη, στην υποπαράγραφο 2.4.3.1. (Δικαιολογητικά Συμμετοχής) υπό στοιχείο δ', προβλέπεται: «2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού (άρ. 93 ν. 4412) τα ακόλουθα στοιχεία : [...] δ) Συμμόρφωση με τις διατάξεις των άρθρων 11 & 25 του Κανονισμού **ΕΕ 2017 / 745**, σχετικά με τα «...» προϊόντα, που τέθηκε σε εφαρμογή στις 26/5/2021, σύμφωνα με την έκδοση εγκυκλίου εναρμόνισης με τις απαιτήσεις του Κανονισμού **ΕΕ 2017 / 745** της υπ' αριθμόν **2501/03.08.2022 Εγκυκλίου της «...»**, προς όλους τους φορείς Δημόσιας «...». «Για την ορθή και αποτελεσματική εφαρμογή και την επίτευξη των σκοπών των άρθρων, 10,11,13,14, 25, 83, 87, 89, του Κανονισμού της (ΕΕ) 2017/745, αναφορικά με την ταυτοποίηση και ιχνηλασιμότητα των

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

τεχνολογικών προϊόντων και την ασφάλεια και ποιότητα της «...» φροντίδας, θα πρέπει οι προμηθευτές μονάδων και φορέων παροχής υπηρεσιών «...» εποπτευόμενων από το Υπουργείο «...», υποχρεωτικά στις τεχνικές τους προσφορές προς τις αναθέτουσες αρχές, να δηλώνουν τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και την κατασκευαστική μονάδα στην οποία παράγεται το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της, ώστε να διασφαλίζεται η τήρηση ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση προϊόντων καθώς και η έγκαιρη και σωστή ενημέρωση του μονάδων «...» αναφορικά με τη συμπλήρωση κάρτας αναφοράς περιστατικών στον αρμόδιο φορέα («...»). Στις περιπτώσεις που δεν κατασκευάζουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν σε δική τους κατασκευαστική μονάδα, στην προσφορά τους πρέπει επιπρόσθετα να επισυνάψουν: • βεβαίωση του νόμιμου εκπροσώπου του κατασκευαστή ότι υφίσταται επίσημη συνεργασία με τον εισαγωγέα / διανομέα, (ή αντίγραφο της συμφωνίας τους και εντολής προς τον εισαγωγέα), • την εξουσιοδότηση και εκπαίδευση από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη και ορθή χρήση των προϊόντων. Κάθε προσφέρουσα εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, πρέπει να προσκομίζει βεβαίωση / εντολή της κατασκευάστριας εταιρείας που να βεβαιώνει τα ανωτέρω. Προσφορά η οποία δεν συμμορφώνεται με τα ανωτέρω θα πρέπει να απορρίπτεται ως απαράδεκτη». Εξάλλου, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ως δραστηριοποιούμενη στην οικεία αγορά «...» προϊόντων, υποστηρίζει ότι με τον προσβαλλόμενο όρο της υπόψη διακήρυξης υφίσταται βλάβη καθώς δεν δύναται να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι δεν αποτελεί κατασκευάστρια του τελικού προϊόντος, δεν τυγχάνει αποκλειστική αντιπρόσωπος των κατασκευαστικών οίκων των οποίων τα προϊόντα προσφέρει και επομένως δεν δύναται να προσκομίσει τα αναφερόμενα στον προσβαλλόμενο όρο έγγραφα, ήτοι βεβαίωση του νόμιμου εκπροσώπου του κατασκευαστή ότι υφίσταται επίσημη συνεργασία με την ίδια, (ή αντίγραφο της συμφωνίας και εντολής προς τον εισαγωγέα) και την εξουσιοδότηση και εκπαίδευση από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη και ορθή χρήση των προϊόντων.

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

7. Επειδή, διά της με αριθμ. 935/2023 απόφασης της Αρχής έγινε δεκτή η με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 611/2023 προσφυγή της προσφεύγουσας και ακυρώθηκε ο όρος της με αρ. «...» διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής που είχε ως εξής: «Γενικοί Όροι: Οι προμηθευτές με την προσφορά τους πρέπει να καταθέσουν - επί ποινή απόρριψης: [...] 4. Υπεύθυνη Δήλωση όπου θα δηλώνεται το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής της συσκευής και το εργοστάσιο και η χώρα συσκευασίας και διανομής (σε περίπτωση που είναι διαφορετικά). 5. Εφόσον ζητείται στην τεχνική προσφορά η ανωτέρω δήλωση, ο προσφέρων, εάν κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, πρέπει να δηλώνει στην προσφορά του, την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχει η ανωτέρω δήλωση, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν, σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και Υπεύθυνη Δήλωσή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.» Ειδικότερα, οι ισχυρισμοί της τότε προσφεύγουσας περί παράβασης διά του προσβαλλόμενου όρου της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και εισαγωγής αδικαιολόγητων εμποδίων στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, έγιναν δεκτοί. Στην εν λόγω απόφαση της Αρχής διατυπώνονται μεταξύ άλλων, τα εξής: «Και τούτο ειδικότερα διότι, ως εναργώς προκύπτει (και) από την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 36 του ν. 4782/2021 που τροποποίησε το σχετικό άρθρο του ν. 4412/2016, καταργείται η απαίτηση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης προς την αναθέτουσα αρχή του εκάστοτε προμηθευτή, που δεν παράγει το

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

προσφερόμενο προϊόν, αναφορικά ειδικότερα με το γεγονός ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος καθώς και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί του την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή, ούτως δε, αντιμετωπίζεται το ζήτημα της τεχνητής μείωσης του ανταγωνισμού στις περιπτώσεις προμηθειών, κυρίως «...» χαρακτήρα, όπου συγκεκριμένα αγαθά διατίθενται στην εγχώρια αγορά μέσω αποκλειστικού αντιπροσώπου εταιριών παραγωγής που έχουν έδρα στο εξωτερικό». Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι, κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, απαλείφοντας τον προσβαλλόμενο όρο, ορίζοντας, ωστόσο, ως απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, στην περίπτωση που δεν κατασκευάζουν οι ίδιοι οι συμμετέχοντες το τελικό προϊόν σε δική τους κατασκευαστική μονάδα, την προσκομιδή βεβαίωσης του νόμιμου εκπροσώπου του κατασκευαστή ότι υφίσταται επίσημη συνεργασία με τον εισαγωγέα / διανομέα, (ή αντίγραφο της συμφωνίας τους και εντολής προς τον εισαγωγέα), • την εξουσιοδότηση και εκπαίδευση από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη και ορθή χρήση των προϊόντων. Επιπλέον, ορίζεται σχετικώς και επί ποινή αποκλεισμού ότι κάθε προσφέρουσα εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια εταιρεία, πρέπει να προσκομίζει βεβαίωση / εντολή της κατασκευάστριας εταιρείας που να βεβαιώνει τα ανωτέρω. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται, ως βασίμως παραπονείται η προσφεύγουσα ότι με τον νεοεισαχθέντα όρο δημιουργείται ακριβώς η ίδια διάκριση που ο νομοθέτης θέλησε να εξαλείψει με τη κατάργηση της υπεύθυνης δήλωσης διά του άρθρου 36 του ν. 4782/2021, για τους λόγους που αναφέρονται στην σχετική αιτιολογική έκθεση. Και τούτο ειδικότερα διότι ο ανωτέρω όρος δημιουργεί διάκριση, μεταξύ άλλων, και υπέρ των αποκλειστικών/εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων κατασκευαστικών οίκων του εξωτερικού, οι οποίοι και δύναται να λάβουν από τον εκάστοτε κατασκευαστικό οίκο την απαιτούμενη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου του κατασκευαστή και την απαιτούμενη

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

εξουσιοδότηση, σε αντίθεση με τους προμηθευτές οι οποίοι, είτε δεν τυγχάνουν εξουσιοδοτημένοι/αποκλειστικοί αντιπρόσωποι, είτε δεν έχουν τη δυνατότητα αυτή. Σε κάθε περίπτωση και λαμβάνοντας υπόψη τη συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, ως αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, που δεν αιτιολογεί επαρκώς τον προσβαλλόμενο α priori περιοριστικό του ανταγωνισμού όρο συνάγεται ότι από τη στάθμιση των ωφελειών της αρχής favor participationis και της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να προσδιορίζει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, εν προκειμένω, περιορίζεται δυσανάλογα ο ανταγωνισμός χωρίς οι διατυπωθέντες όροι να αποτελούν το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Τούτων δοθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

8. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, ότι είναι μη νόμιμος ο επίμαχος όρος διότι παραβιάζει τις αρχές της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού καθώς και της ισότιμης συμμετοχής των διαγωνιζομένων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης. Και τούτο ειδικότερα διότι η απαίτηση προσκόμισης, διά του προσβαλλόμενου όρου, βεβαίωσης ότι υφίσταται επίσημη συνεργασία μεταξύ του κατασκευαστή και του συμμετέχοντος στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικού φορέα καθώς και εξουσιοδότησης και εκπαίδευσης από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη και ορθή χρήση των προϊόντων προς τον συγκεκριμένο συμμετέχοντα, περιορίζει εν προκειμένω δυσανάλογα τον επιθυμητό και υγιή ανταγωνισμό, χωρίς να παρίσταται πρόσφορος και επαρκής λόγος προς τούτο. Επομένως, θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους, δια της θέσπισης της επίμαχης απαίτησης, τίθεται ζήτημα ευθείας παραβίασης της αρχής του ανόθευτου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, διότι επαναφέρεται ουσιαστικά από την αναθέτουσα αρχή η διάκριση μεταξύ των προμηθευτών, που παράγουν το προσφερόμενο είδος, και των προμηθευτών που το εμπορεύονται, με συνέπεια να ενθαρρύνεται και να περιορίζεται η προμήθεια του επίμαχου είδους από τους αποκλειστικούς αντιπροσώπους των εταιρειών παραγωγής

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

του εξωτερικού σε βάρος των λοιπών ενδιαφερομένων και εν δυνάμει υποψηφίων. Ενόψει τούτων, τα όσα περί αντιθέτου ισχυρίζονται αμφότερες οι παρεμβαίνουσες καθώς και η αναθέτουσα αρχή, διά του εγγράφου των απόψεων της, είναι απορριπτέα.

9. Επειδή, περαιτέρω, βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα διά του τρίτου λόγου της προσφυγής της ότι ο προσβαλλόμενος όρος έρχεται σε αντίθεση με τις επικαλούμενες -στη προσβαλλόμενη διακήρυξη- διατάξεις του κανονισμού ΕΕ 2017/745. Σύμφωνα με το άρθρο 10 του Κανονισμού : «9. [...] Το σύστημα διαχείρισης της ποιότητας καλύπτει όλα τα μέρη και τα στοιχεία της οργανωτικής δομής του κατασκευαστή που ασχολούνται με την ποιότητα των διεργασιών, των διαδικασιών και των τεχνολογικών προϊόντων. Διέπει τη δομή, τις αρμοδιότητες, τις διαδικασίες, τις διεργασίες και τους διαχειριστικούς πόρους που απαιτούνται για την εφαρμογή των αρχών και των δράσεων που κρίνονται αναγκαίες για την επίτευξη συμμόρφωσης προς τις διατάξεις του παρόντος κανονισμού. Το σύστημα διαχείρισης της ποιότητας καλύπτει τουλάχιστον τις ακόλουθες πτυχές: [...] η) τον έλεγχο των χορηγήσεων UDI που έχουν γίνει σύμφωνα με το άρθρο 27 παράγραφος 3 σε όλα τα σχετικά τεχνολογικά προϊόντα και που εξασφαλίζουν τη συνοχή και την εγκυρότητα των παρεχόμενων πληροφοριών σύμφωνα με το άρθρο 29, θ) την εκπόνηση, εφαρμογή και συντήρηση συστήματος εποπτείας μετά τη διάθεση στην αγορά, σύμφωνα με το άρθρο 83,ι) τη διεκπεραίωση της επικοινωνίας με τις αρμόδιες αρχές, τους κοινοποιημένους οργανισμούς, άλλους οικονομικούς φορείς, τους πελάτες και/ή άλλους συμφεροντούχους, ια) διαδικασίες για την αναφορά σοβαρών περιστατικών και διορθωτικών μέτρων ασφάλειας κατά τη χρήση στο πλαίσιο της επαγρύπνησης, ιβ) τη διαχείριση των διορθωτικών και των προληπτικών μέτρων και την επαλήθευση της αποτελεσματικότητάς τους, ιγ) διαδικασίες για την παρακολούθηση και τη μέτρηση της παραγωγής, την ανάλυση δεδομένων και τη βελτίωση των προϊόντων.»[...] 12. Οι κατασκευαστές που θεωρούν ή έχουν λόγους να πιστεύουν ότι ένα τεχνολογικό προϊόν που έχουν θέσει σε κυκλοφορία ή σε χρήση δεν συμμορφώνεται με τον παρόντα κανονισμό λαμβάνουν αμέσως τα αναγκαία διορθωτικά μέτρα για τη συμμόρφωση, την απόσυρση ή την ανάκλησή του, κατά περίπτωση. Ενημερώνουν τους διανομείς του εν λόγω τεχνολογικού

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

προϊόντος και, κατά περίπτωση, τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο και τους εισαγωγείς αναλόγως. Εάν το τεχνολογικό προϊόν ενέχει σοβαρό κίνδυνο, οι κατασκευαστές ενημερώνουν αμέσως τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών στα οποία έχουν διαθέσει το τεχνολογικό προϊόν και, κατά περίπτωση, τον κοινοποιημένο οργανισμό που εξέδωσε πιστοποιητικό, σύμφωνα με το άρθρο 56, ιδίως όσον αφορά τη μη συμμόρφωση και τα ενδεχόμενα διορθωτικά μέτρα που έλαβαν. 13. Οι κατασκευαστές διαθέτουν σύστημα για την καταγραφή και την αναφορά περιστατικών και διορθωτικών μέτρων ασφάλειας κατά τη χρήση, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 87 και 88.14. Κατόπιν αιτήματος αρμόδιας αρχής, οι κατασκευαστές της παρέχουν όλες τις πληροφορίες και τα έγγραφα που απαιτούνται ώστε να καταδειχθεί η συμμόρφωση του τεχνολογικού προϊόντος, σε επίσημη γλώσσα της Ένωσης που καθορίζει το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος. [...] άρθρο 30: Ηλεκτρονικό σύστημα καταχώρισης οικονομικών φορέων 1. Η Επιτροπή, έπειτα από διαβούλευση με το «...», δημιουργεί και διαχειρίζεται ηλεκτρονικό σύστημα για τη δημιουργία του ενιαίου αριθμού καταχώρισης που αναφέρεται στο άρθρο 31 παράγραφος 2 και την αντιπαραβολή και επεξεργασία των απαραίτητων και αναλογικών πληροφοριών για την ταυτοποίηση του κατασκευαστή και, κατά περίπτωση, του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου και του εισαγωγέα. Οι λεπτομέρειες σχετικά με τις πληροφορίες που πρέπει να παρέχονται στο εν λόγω ηλεκτρονικό σύστημα από τους οικονομικούς φορείς ορίζονται στο παράρτημα VI μέρος A τμήμα 1. [...] άρθρο 31 Καταχώριση κατασκευαστών, εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων και εισαγωγέων 1. Προτού θέσουν τεχνολογικό προϊόν σε κυκλοφορία, εκτός των επί παραγγελία τεχνολογικών προϊόντων, οι κατασκευαστές, εξουσιοδοτημένοι αντιπρόσωποι και εισαγωγείς, προκειμένου να καταχωριστούν, υποβάλλουν στο αναφερόμενο στο άρθρο 30 ηλεκτρονικό σύστημα τις πληροφορίες που αναφέρονται στο παράρτημα VI μέρος A τμήμα 1, εφόσον δεν έχουν ήδη καταχωριστεί σύμφωνα με το παρόν άρθρο. Στις περιπτώσεις στις οποίες η διαδικασία εκτίμησης της συμμόρφωσης απαιτεί τη συμμετοχή κοινοποιημένου οργανισμού δυνάμει του άρθρου 52, οι πληροφορίες που αναφέρονται στο παράρτημα VI μέρος A τμήμα 1 παρέχονται στο εν λόγω ηλεκτρονικό σύστημα πριν από την υποβολή αίτησης στον κοινοποιημένο οργανισμό.»

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

10. Επειδή, από τους προδιαληφθέντες όρους προκύπτει ότι στο άρθρο 10 του Κανονισμού αναφέρονται ρητά και με σαφήνεια οι υποχρεώσεις του ίδιου του κατασκευαστή, ενώ στο άρθρο 11 του Κανονισμού αναφέρονται οι υποχρεώσεις του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου κατασκευαστή, που δεν έχει την καταστατική του έδρα σε κράτος μέλος της ΕΕ. Ως εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος δε, νοείται, ως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 2 του Κανονισμού υπό τον τίτλο Ορισμοί: «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, εγκατεστημένο στην Ένωση, που έχει λάβει και αποδεχθεί γραπτή εντολή από κατασκευαστή, ευρισκόμενο εκτός της Ένωσης, να ενεργεί εξ ονόματός του για την εκτέλεση συγκεκριμένων καθηκόντων σχετικών με τις υποχρεώσεις του κατασκευαστή βάσει του παρόντος κανονισμού» όπερ τον διαφοροποιεί από την έννοια του εμπορικού αντιπροσώπου. Από τον συνδυασμό εξάλλου των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι η απόσυρση/ανάκληση, η ιχνηλασιμότητα, η γνωστοποίηση πληροφοριών κ.λπ. επιτυγχάνονται μέσω των τρόπων και μεθόδων που αναλύονται διεξοδικά στον ανωτέρω Κανονισμό και αποδεικνύονται με την υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών και την απόδειξη ύπαρξης των σχετικών συστημάτων (μέσω barcodes κ.λπ.). Περαιτέρω, εκ των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι οι αντιπρόσωποι και εισαγωγείς των εκάστοτε κατασκευαστικών οίκων έχουν, δυνάμει των άρθρων 11 και 14 του ανωτέρω Κανονισμού, αντίστοιχες υποχρεώσεις προς τους διανομείς τους. Συνεπώς, διανομέας και προμηθευτής που εμπορεύεται είδος που το έχει προμηθευτεί από εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο κατασκευαστικού οίκου έχει την ίδια ενημέρωση σε περίπτωση ανάκλησης/απόσυρσης του προϊόντος, δεδομένου ότι ο εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος έχει απέναντί του ακριβώς την ίδια υποχρέωση ενημέρωσης που έχει ο κατασκευαστής έναντι του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του. Άλλοις λόγοις, στον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/745 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2017, για τα «...» προϊόντα, προβλέπονται ρητώς συγκεκριμένες διαδικασίες και σχέδια εποπτείας, που πρέπει να τηρούν οι κατασκευαστές, μετά την διάθεση των προϊόντων τους στην αγορά, οι οποίες διασφαλίζουν την ιχνηλασιμότητα των τεχνολογικών προϊόντων, χάρη στο σύστημα αποκλειστικής ταυτοποίησης τεχνολογικού προϊόντος (σύστημα UDI), το οποίο βασίζεται σε διεθνείς κατευθυντήριες

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

γραμμές, χωρίς να συνάγεται ότι απαιτείται εν προκειμένω η διακίνηση των «...» προϊόντων να γίνεται μόνο από τους κατασκευαστές ή από εξουσιοδοτημένους από αυτούς αντιπροσώπους. Αντιθέτως, συνάγεται ότι οι ως άνω διαδικασίες που προβλέπονται στον εν λόγω Κανονισμό δεν εξαρτώνται ούτε ερείδονται στη σχέση του κατασκευαστή με τον προμηθευτή. Επομένως, οι προβαλλόμενοι διά του τρίτου λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, τα όσα δε περί αντιθέτου ισχυρίζονται αμφότερες οι παρεμβαίνουσες πρέπει να απορριφθούν.

11. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της, αλυσιτελώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμη η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τη θέση στην «...» διακήρυξη των προσβαλλόμενων όρων, διά της επίκλησης της με αριθμ. πρωτ. 2501/03.08.2022 εγκυκλίου της «...», διότι η εν λόγω εγκύκλιος εξεδόθη αναρμοδίως από αυτή. Και τούτο ειδικότερα διότι η επίμαχη εγκύκλιος της Εθνικής Κεντρικής Αρχής Προμηθειών «...», με θέμα Εναρμόνιση των φορέων «...» με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/745 σχετικά με τα «...» προϊόντα, αποτελεί ερμηνευτική εγκύκλιο που δεν θέτει κανόνα δικαίου, μη δεσμεύουσα ούτε την αναθέτουσα αρχή, ούτε τους διαγωνιζόμενους, ούτε την ΕΑΔΗΣΥ ούτε το Δικαστήριο (βλ. ΔΕφΠειραιά 249/2020, σκ. 16).

12. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής της, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι πλημμελής, άλλως μη προσήκουσα η συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με το περιεχόμενο της με αριθμ. 935/2023 απόφασης της Αρχής, μόνο κατά το σκέλος που ήδη εξετάσθηκε διά του πρώτου λόγου της προσφυγής της, ήτοι της επαναφοράς διά της επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού προσβαλλόμενων όρων που ήδη είχαν ακυρωθεί διά της ως άνω απόφασης της Αρχής. Και τούτο διότι οι αναθέτουσες αρχές, οφείλουν, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, εν προκειμένω δε, στο σκεπτικό και το διατακτικό της με αριθμ. 935/2023 απόφασης, αφετέρου η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της (ΣτΕ 832/2021). Εξάλλου, ως γίνεται δεκτό η ΕΑΔΗΣΥ οφείλει να προβαίνει σε κρίσεις μόνο επί των ζητημάτων που θίγονται με την προδικαστική προσφυγή, σε διαφορετική

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

περίπτωση πρόκειται για ανεπίτρεπτη διεύρυνση του αντικειμένου της αγόμενης ενώπιόν της διαφοράς (Βλ. ΣΤΕ 1573/2019, ΕΑ ΣΤΕ 145/2019, σκέψεις 9 και 10, ΔιοικΕφΑθ 1145/2020, 756/2020, ΔιοικΕφΠατρών Ν2/2021, σκέψεις 23 και 25, Ν1/2021- σκέψη 25, ΔιοικΕφΘεσσαλονίκης ΑΝ 8/2020, σκέψη 9).

13. Επειδή, με τον έκτο λόγο της προσφυγής της, αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμη η εισαγωγή όρων που αποκλείουν την εφαρμογή διατάξεων της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ καθόσον οι διατάξεις αυτές ισχύουν παράλληλα με τις διατάξεις του Κανονισμού. Στο άρθρο 120 του Κανονισμού ΕΕ 745 / 2017 με τον τίτλο «Μεταβατικές διατάξεις», προβλέπεται η παράλληλη εφαρμογή των οδηγιών 93/42/ΕΟΚ και 90/385/ ΕΟΚ, αναφορικά με την πιστοποίηση των προϊόντων. Ειδικότερα δε στο άρθρο 120 περ. 3 προβλέπεται «στη θέση των αντίστοιχων απαιτήσεων στις εν λόγω οδηγίες εφαρμόζονται οι απαιτήσεις του παρόντος κανονισμού σχετικά με την εποπτεία μετά τη διάθεση στην αγορά, την εποπτεία της αγοράς, την επαγρύπνηση και την καταχώριση των οικονομικών φορέων και τεχνολογικών προϊόντων». Επομένως και δοθέντος ότι αφενός, έως τον Μάιο του 2025, εν προκειμένω τα «...» προϊόντα που είναι πιστοποιημένα βάσει της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και τα προϊόντα που είναι πιστοποιημένα βάσει του Κανονισμού της ΕΕ 2017/745 θα συνυπάρχουν στην αγορά, αφετέρου, αμφότερα θα έχουν ισότιμο καθεστώς από νομική άποψη και δεν θα επιτρέπονται διακρίσεις μεταξύ τους στο πλαίσιο δημόσιων διαγωνισμών (ΔιοικΕφΧανίων 211/2022), καθώς διά του τρίτου λόγου της προσφυγής κρίθηκε ότι οι προσβαλλόμενοι όροι δεν είναι σε συμμόρφωση με τα του Κανονισμού ΕΕ 745/2017, οι διά αυτού του λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί, αλυσιτελώς προβάλλονται.

14. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και επομένως η προσβαλλομένη να ακυρωθεί καθ' ο μέρος προσβάλλεται με τη προσφυγή, αντιστοίχως οι παρεμβάσεις πρέπει να απορριφθούν. Ενόψει των ανωτέρω, το παράβολο πρέπει να επιστραφεί στη προσφεύγουσα, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 1407/2023

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την με αρ. «...» διακήρυξη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**