

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 10/07/2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 792/31-05-2024 του Οικονομικού φορέα, ... με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την οικεία προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι ρυθμίσεις της υπ' αριθμ. .../2024 Διακήρυξης για την τμηματοποίηση των Ομάδων 1, 2, 3 & 5 της εν λόγω διακήρυξης.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή,**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ανοικτή διαδικασία «...» με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... Ειδικότερα, η σύμβαση υποδιαιρέθηκε σε 14 Τμήματα - Ομάδες ειδών - προϊόντων και συγκεκριμένα, ως εξής: 1. .... 2. .... 3. ...., ... και ... 4. ... 5. ... 6. ... και ... 7. ... 8.... 9. ... 10. ... 11. ... 12. .... 13. .... 14. ... και ... Στην ως άνω Διακήρυξη, υπό (1.3.) με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης», έχει τεθεί όρος, σύμφωνα με τον οποίο: «Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα τμήματα (ομάδες ειδών) για το σύνολο όμως των ειδών κάθε τμήματος». Συναφώς, υπό (2.4.1.) με τίτλο «Γενικοί όροι υποβολής προσφορών» έχει τεθεί ο εξής όρος: «Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας ανά τμήμα». Περαιτέρω, στην οικεία Διακήρυξη προβλέφθηκε υπό τον όρο (2.2.1.) ότι ο οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης, ενώ υπό τον όρο (2.2.8.) προβλέφθηκε η δυνατότητα του οικονομικού φορέα να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτων, καθώς και η δυνατότητα ανάθεσης μέρους της σύμβασης σε

## Αριθμός Απόφασης:1028/2024

τρίτο πρόσωπο υπό την μορφή της υπεργολαβίας. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι οι όροι της επίμαχης την εμποδίζουν να υποβάλει παραδεκτή προσφορά.

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 την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό δεσμευμένο, ... αξίας 600 €, ομού με το e-Παράβολο, με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε τις απόψεις στις 14/06/2024 δοθείσης της από 31/05/2024 κατάθεσης της ένδικης προσφυγής. Σχετικά, κατατέθηκε το από 18/06/2024 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, με την διάταξη του άρθρου 59 του Ν. 4412/2016, η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται κατ' αρχήν στην διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών Αρχών. Πλην όμως, όπως κάθε είδος διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αυτή υπάγεται στον έλεγχο της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως προς την εκ μέρους της αναθέτουσας νόμιμη χρήση της (ΑΕΠΠ 187/2017 και πρβλ. ΣΤΕ 452/2012,1399,4145/2009). Επομένως, καταλείπεται, όσον αφορά στην τμηματοποίηση, ελευθερία εκτίμησης στις αναθέτουσες Αρχές, περί του αν θα την συμπεριλάβουν και ειδικότερα με ποιο τρόπο και με ποια διάρθρωση τμημάτων στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης, ευχέρεια, η οποία ελέγχεται βεβαίως, πλην όμως όσον αφορά στην τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (πρβλ. ΣΤΕ 1315/2012, 2022, 3527/2011), η οποία ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των αρχών, που θεσπίζονται με το άρθρο 18 Ν. 4412/2016, και συγκεκριμένα της αποφυγής των διακρίσεων, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και όλα τα ανωτέρω υπό την ειδικότερη οπτική του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό (πρβλ. ΑΕΠΠ 39,120 και 187/2017). Εξ άλλου, η παράλειψη

## Αριθμός Απόφασης:1028/2024

άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του άρθρου 59 Ν. 4412/2016, περί υποδιαίρεσης του συνολικού αντικείμενου σε επιμέρους τμήματα (αρμοδιότητα που ανάγεται αφ' ενός στην κατ' αρχήν υποδιαίρεση, αφ' ετέρου στην επιμέρους διάρθρωση και σύνθεση των τμημάτων, ως και τον αριθμό αυτών), συνιστά έναν αυτονόητο περιορισμό του ανταγωνισμού, υπό την μορφή του αποκλεισμού των προσφορών των οικονομικών φορέων, που δύνανται και προτίθενται να μετάσχουν, να καλύψουν τα οικεία κριτήρια επιλογής και απαιτήσεις και εν τέλει να αναλάβουν συμβατικές δεσμεύσεις μόνο για τμήματα της διαδικασίας και όχι για το όλο αντικείμενο. Ο ως άνω περιορισμός ελέγχεται εν τούτοις, όπως και κάθε άλλος όρος της διακήρυξης που περιορίζει τον ανταγωνισμό, ως προς το αν είναι δικαιολογημένος, εύλογος και ανάλογος σε σχέση με κάποιον θεμιτά επιδιωκόμενο, δια της μη τμηματοποίησης, σκοπό (εξ άλλου, η αναθέτουσα να μην έχει διακριτική ευχέρεια υποδιαίρεσης σε τμήματα, πλην όμως την ίδια διακριτική ευχέρεια έχει και για την επιλογή των λοιπών όρων και απαιτήσεων, προδιαγραφών και κριτηρίων της διακήρυξης, χωρίς όμως αυτή η ευχέρεια να είναι ανεξέλεγκτη και μη υποκείμενη σε έλεγχο, ως προς το εύλογο, ανάλογο και δικαιολογημένο της, σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό). Τα ανωτέρω εξ άλλου υπογραμμίζονται από την ως άνω πρόβλεψη περί αιτιολόγησης, εκ μέρους της αναθέτουσας, της απόφασής της, να μην προβεί σε τμηματοποίηση. Η δε υποχρέωση αιτιολόγησης καθίσταται εντονότερη σε περιπτώσεις ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, το αντικείμενο της οποίας μπορεί ευχερώς να υποδιαιρευθεί σε τμήματα, εν όψει των ειδικών χαρακτηριστικών της. Η τμηματοποίηση εισήχθη στο νέο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων ακριβώς ως εργαλείο αύξησης της συμμετοχής, άρα και του ανταγωνισμού, και συγχρόνως της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και δη του ειδικού συμφέροντος της αναθέτουσας περί εύρεσης των πλέον συμφερούσων λύσεων και, ανά περίπτωση και τμήμα, αναδόχων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016. "Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται, είτε σε ποσοτική βάση είτε σε ποιοτική βάση ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το

## Αριθμός Απόφασης:1028/2024

μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει, ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης. Όταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων, για τα οποία μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας, καθώς και να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα...”). Ούτως, η τμηματοποίηση, επιτρέποντας αφ' ενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας, όπου το μάλλον συμφέρον της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφ' ετέρου την μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές, όσο μικρότερο είναι το επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίδει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές, μάλλον συμφέρουσες ανά τμήμα, προσφορές, όσον αφορά στο εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνον αναδόχου επί τη βάση του ότι η προσφορά του προκύπτει ως μάλλον συμφέρουσα συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό, κατά τεκμήριο, σε σχέση με την διενέργεια σε τμήματα), ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν, που θα μπορούσε να είναι, ανά ορισμένα επιμέρους τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων, όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Αντίστοιχα, η μη τμηματοποίηση, αλλά και ο ειδικότερος τρόπος τμηματοποίησης, δύναται να μεταβάλει έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσει σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας, ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. ΑΕΠΠ 153/2017, 1084/2019, 323/2022). Φυσικά, υφίστανται περιπτώσεις, όπου η τμηματοποίηση ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και κινδύνους, ως προς την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ή αυτή να αποκλείεται εκ των πραγμάτων, διότι

## Αριθμός Απόφασης:1028/2024

οι μεταξύ τους επιμέρους πτυχές του συμβατικού αντικειμένου συνεχονται τεχνικά και είναι πρακτικά αδιαχώριστες. Πλην όμως, και σε αυτήν την περίπτωση, η μη τμηματοποίηση πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, αφού συνιστά απόκλιση από τον κανόνα, ο οποίος, κατά τα ανωτέρω, είναι η τμηματοποίηση, όπου αυτή είναι εφικτή, και το αντικείμενο της διαδικασίας φέρει ουσιωδώς διαφορετικά επιμέρους χαρακτηριστικά. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, σε περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης, ακριβώς λόγω μη τμηματοποίησης, όπως εν προκειμένω, η αναθέτουσα φέρει το οικείο βάρος απόδειξης περί του μη σκοπίμου της τμηματοποίησης. Η δε σχετική αιτιολογία, είτε αυτή περιέχεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην έκθεση του αρ. 341 Ν. 4412/2016 ή στις απόψεις της αναθέτουσας επί προδικαστικής προσφυγής, όπως εν προκειμένω, αλλά και η ίδια η βάση λήψης απόφασης περί μη τμηματοποίησης, θα πρέπει να λαμβάνει υπ' όψη όλα τα ανωτέρω και δη την τυχόν αύξηση του ανταγωνισμού και το όφελος επί του συμφέροντος της αναθέτουσας, που θα επετυγχάνετο με την τμηματοποίηση (όσον αφορά στην κατ' αρχήν σκοπιμότητα ή μη αυτής), σταθμίζοντας αυτά ως προς τον τυχόν βαρύτερο κίνδυνο μη εφοδιασμού και μη εκπλήρωσης, αντιστρόφων προβλημάτων ανταγωνισμού, αφερεγγυότητας, τεχνικής περιπλοκότητας και εν γένει βλάβη που επαπειλείται κατά της αναθέτουσας, λόγω της τμηματοποίησης. Περαιτέρω, κατά κανόνα, η τμηματοποίηση συνιστά μέσο αύξησης του ανταγωνισμού και προώθησης του συμφέροντος της αναθέτουσας (άρα, αντιστρόφως, η μη τμηματοποίηση συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού), στις περιπτώσεις που το συμβατικό αντικείμενο εμφανίζει, εντός του, σημαντικές διαφοροποιήσεις, ενώ η μη τμηματοποίηση συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού κατά κανόνα, όταν ο τρόπος σύγκρισης, που καθιερώνεται συνεπεία της υποβολής ενιαίας προσφοράς για το σύνολο του αντικειμένου, ενδέχεται να αποκλείσει πιο συμφέρουσες προσφορές (όπως θα προέκυπταν με επιμέρους υποβολή προσφοράς), ενώ, ομοίως κατά κανόνα, η μέγιστη δυνατή τμηματοποίηση, ήτοι σε όσο το δυνατόν περισσότερα τμήματα, έως το όριο εκείνο, όπου δεν περιπλέκεται η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και δεν προσκρούει σε τεχνικές δυσκολίες ή σαφείς και αποδεικνυόμενους κινδύνους για την αναθέτουσα, συνιστά την βέλτιστη λύση για την προώθηση του ανταγωνισμού (και, επομένως, η μη

## Αριθμός Απόφασης:1028/2024

τμηματοποίηση ή ακόμη και η αδικαιολόγητη τμηματοποίηση σε τμήματα με ιδιαίτερο ποσοτικό και ποιοτικό εύρος, δύναται να συνιστά παράνομο περιορισμό του ανταγωνισμού και να λειτουργεί εις βάρος του συμφέροντος της αναθέτουσας).

6. Επειδή, εν συνεχεία, από την επισκόπηση του φακέλλου προκύπτει, ότι η επιχειρούμενη από την αναθέτουσα Αρχή αιτιολόγηση της τμηματοποίησης του ένδικου διαγωνισμού με βάση τους κωδικούς ... των υπό προμήθεια ειδών παρίσταται πλημμελής και άρα ακυρωτέα, όχι μόνο διότι η αναθέτουσα Αρχή παραβλέπει ότι οι εν λόγω κωδικοί λειτουργούν ως μέσα αναζήτησης επιχειρηματικών ευκαιριών και ανεύρεσης προκηρύξεων διαγωνιστικών διαδικασιών, εκ μέρους των οικονομικών φορέων-υποψηφίων αναδόχων, αλλά διότι, εν προκειμένω, δεν πρόκειται περί μιας τέτοιας υποδιαίρεσης, αφού τα εντασσόμενα σε εκάστη Ομάδα είδη δεν φέρουν καν τον ίδιο ... Ειδικότερα στην 1<sup>η</sup> Ομάδα, τα χειρουργικά γάντια, που δεν διαθέτει και δεν δύναται να προσφέρει η προσφεύγουσα, έχουν ... ήτοι διαφορετικό από το ... των γαντιών μιας χρήσης, τα είδη της 2<sup>ης</sup> Ομάδας, όπως άλλωστε και η ίδια η Αναθέτουσα συνομολογεί, έχουν διαφορετικούς κωδικούς ... (με τις σερβιέτες και τις παιδικές πάνες, που δεν διαθέτει και δεν δύναται να προσφέρει κατά δήλωσή της η προσφεύγουσα, να έχουν C-PV ... και ... αντίστοιχα). Επέκεινα, τα είδη της 3<sup>ης</sup> Ομάδας όχι μόνον έχουν έκαστο διαφορετικό C-PV, ως επίσης συνομολογείται από την αναθέτουσα Αρχή, αλλά όσα δύναται να προσφέρει η προσφεύγουσα (βαμβάκι, γάζες, επίδεσμοι) ουδόλως συνέχονται αποκλειστικά μεταξύ τους αλλά και με τα υπόλοιπα ζητούμενα αναλώσιμα υλικά, καθώς προδήλως πρόκειται για απολύτως διακριτά είδη, Τέλος, για τα είδη της 5<sup>ης</sup> Ομάδας, αναφέρεται ο γενικότερος κωδικός c-Pv, στον οποίο κατατάσσονται το σύνολο (ένας τεράστιος αριθμός) των ιατρικών συσκευών, η κάθε μία εκ των οποίων προσδιορίζεται, βεβαίως, περαιτέρω, με μεγαλύτερη ακρίβεια, με το πιεσόμετρο που έχει την δυνατότητα να προσφέρει η προσφεύγουσα να έχει το ειδικότερο c-Pv ... Περαιτέρω, το προβαλλόμενο επιχείρημα της αναθέτουσας Αρχής, δια των απόψεων της, ήτοι, ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς διατηρούν την δυνατότητα να συμμετάσχουν δια της σύμπραξης ή της στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων παρίσταται αλυσιτελής, καθώς, πέραν του ότι εν προκειμένω η από κοινού παροχή των

## **Αριθμός Απόφασης:1028/2024**

επιμέρους άσχετων μεταξύ τους ειδών κάθε Ομάδας δεν είναι αναγκαία για την εξυπηρέτηση των επιδιωκόμενων σκοπών, μία τέτοια δυνατότητα αποτελεί ελεύθερη επιχειρηματική επιλογή για τους οικονομικούς φορείς και όχι δικαιολογητική αιτιολογική βάση υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής, για την κατάρτιση των όρων της σύμβασης με τρόπο, που ουδόλως δικαιολογείται από το αντικείμενό της (βλ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 689/2022).

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10/07/2024 και εκδόθηκε στις 12/07/2024 στην Αθήνα.**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**