

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 928/30.06.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ.. .., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στ....., οδός ..., αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθ.... & ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη άλλως ο γενικός όρος 17 του Μέρους Δ ' του Παραρτήματος II της προσβαλλόμενης.

Με τις παρεμβάσεις τους αμφοτεροι παρεμβαίνοντες επιδίδουν την απόρριψη της προσφυγής και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 761,91 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 29.06.2022 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 152.381,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια συρραπτικών», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής συνολικής εκτιμώμενης αξίας 188.952,44€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 8.06.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 29.06.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8.06.2022, ο δε προσφεύγων δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής την 22.06.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 30.06.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1346/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 8.07.2022 (και σε ορθή επανάληψη την 11.07.2022), ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3678/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 11.07.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3733/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς επιθυμεί να υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 13.07.2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τους παρεμβαίνοντες αυθημερόν.

11. Επειδή ο προσφεύγων στις 15.07.2022 και στις 18.07.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπομνήματα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των παρεμβάσεων, τα οποία λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

12. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων στις 18.07.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα, τα οποία λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, «... *δοθέντος, μεταξύ άλλων, του ότι δεν θα κατασκευάσουμε εμείς το τελικό προϊόν, ότι δεν τυγχάνουμε αποκλειστικοί αντιπρόσωποι των κατασκευαστικών οίκων των οποίων τα προϊόντα επιθυμούμε να προσφέρουμε και ότι μέρος των ειδών που θέλουμε να προσφέρουμε είναι κατασκευαστικών οίκων εξωτερικού και διατίθενται στην εγχώρια αγορά μέσω αποκλειστικού αντιπροσώπου, δεν δυνάμεθα να προσκομίσουμε υπεύθυνη δήλωση με την οποία να δηλώνουμε ότι η εταιρεία μας είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρεία για τη διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά κα Ιδιωτικά Νοσοκομεία είτε να προσκομίσουμε σχετική εξουσιοδότηση της κατασκευάστριας εταιρείας με το ανωτέρω περιεχόμενο. Ήτοι, δεν έχουμε τη δυνατότητα να μας χορηγήσουν οι σχετικοί κατασκευαστές την ανωτέρω δήλωση ή εξουσιοδότηση, δυνατότητα την οποία προφανώς έχουν οι αποκλειστικοί αντιπρόσωποι των κατασκευαστών. Δοθέντος του ότι με τη διακήρυξη απαιτείται, ως τεχνική προδιαγραφή των προς προμήθεια ειδών, να είναι η προμηθεύτρια εταιρεία (σε περίπτωση που δεν ταυτίζεται με την κατασκευάστρια εταιρεία) εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια για τη*

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Νοσοκομεία, προκύπτει ότι εκ του λόγου αυτού επίκειται η απόρριψη της τεχνικής μας προσφοράς και ο αποκλεισμός μας από τη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας μας να εκπληρώσουμε τις σχετικές και ήδη προσβαλλόμενες απαιτούμενες προϋποθέσεις...», τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή και τους παρεμβαίνοντες τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα.

15. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος [...]»

16. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

17. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]

18. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]

19. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...5.Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητεί από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να δηλώνουν στην τεχνική τους προσφορά:

α. τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και

β. την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της.»

20. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών (Άρθρο 91 του ν. 4412/2016)

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),[...] ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, [...]

ΜΕΡΟΣ Β- ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ- ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ

Δ. Γενικοί όροι

Σε εφαρμογή των ΦΕΚ: τεύχος Β΄ 681/1991, τεύχος Β΄ 680/1991, τεύχος Β΄ 384/1986, οι τεχνικές προδιαγραφές αναλύονται ως κάτωθι:

[...] 17. Η προμηθεύτρια εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρεία για τη διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία ώστε να διασφαλίζεται η ορθή/έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο Νοσοκομείο, η οποία θα γίνεται σύμφωνα με την ισχύουσα Νομοθεσία, καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος ή μετά από την συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων (λευκή κάρτα)» από τον χρήστη [...].

21. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

22. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης καθορίζοντας τους όρους με βάση τις ανάγκες της ή δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορους ή αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

23. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Επομένως, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της αναθέτουσας αρχής και όχι στην επιχειρηματική του πολιτική

24. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης διότι υποκρύπτει στην ουσία επαναφορά της ήδη καταργηθείσας υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 94 παρ. 5 του Ν.4412/2016, υπό δε το νέο νομοθετικό καθεστώς οι αναθέτουσες αρχές δύνανται μόνο να αιτούνται να δηλώνουν οι προμηθευτές στην τεχνική προσφορά τους τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και την

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. Ειδικότερα, με τον προσβαλλόμενο όρο εισάγεται από την αναθέτουσα αρχή απαίτηση όμοια με την ήδη καταργηθείσα, η οποία αφορούσε προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης με την οποία να δηλώνεται ότι οι κατασκευάστριες εταιρείες έχουν αποδεχτεί έναντι των προμηθευτών την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης σε αυτούς των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού καθώς και στην παρούσα περίπτωση ζητείται η απόδειξη της δέσμευσης /εξουσιοδότησης του κατασκευαστή έναντι του προμηθευτή ότι θα τον προμηθεύει με τα προσφερόμενα είδη σε περίπτωση κατακύρωσης. Περαιτέρω, ο προσβαλλόμενος όρος δημιουργεί διάκριση μεταξύ άλλων και υπέρ των αποκλειστικών αντιπροσώπων κατασκευαστικών οίκων του εξωτερικού, οι οποίοι και δύναται να λάβουν από τον εκάστοτε κατασκευαστικό οίκο την απαιτούμενη εξουσιοδότηση / δήλωση, σε αντίθεση με τους προμηθευτές οι οποίοι είτε δεν τυγχάνουν αποκλειστικοί αντιπρόσωποι είτε δεν έχουν τη δυνατότητα αυτή. Σε κάθε περίπτωση με τον επίμαχο όρο τίθεται ζήτημα παραβίασης των αρχών της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού καθώς και της ισότιμης συμμετοχής των διαγωνιζομένων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, διότι επαναφέρεται ουσιαστικά από την αναθέτουσα αρχή η διάκριση μεταξύ των προμηθευτών που παράγουν το προσφερόμενο είδος και των προμηθευτών που το εμπορεύονται και ενθαρρύνεται με τον τρόπο αυτό η προμήθεια του προσφερόμενου υλικού μόνο από τους αποκλειστικούς. Πέραν των ανωτέρω, ως προς τον σκοπό θέσπισης του προσβαλλόμενου όρου ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι υφίσταται συγκεκριμένο νομοθετικό πλαίσιο που προβλέπει τα μέτρα που λαμβάνονται εκ μέρους των κατασκευαστών σε περίπτωση απόσυρσης / ανάκλησης προϊόντων και εξασφαλίζει την ιχνηλασιμότητα των τεχνολογικών προϊόντων, μετά τη διάθεσή τους στην αγορά.

25. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα II της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

προδιαγραφή (Γενικός όρος 17) ο προμηθευτής να είναι εξουσιοδοτημένος από την κατασκευάστρια εταιρεία για τη διακίνηση των προϊόντων του στα ελληνικά νοσοκομεία. Επομένως, και σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης σε περίπτωση που ο συμμετέχων δεν διαθέτει την ως άνω εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή του προσφερόμενου είδους, συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς.

26. Επειδή, καταρχάς, ως προδήλως προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση του υπ' αριθμ. 17 Γενικού όρου του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης, ουδόλως απαιτείται ο διαγωνιζόμενος να είναι αποκλειστικός αντιπρόσωπος της κατασκευάστριας εταιρείας αλλά θα πρέπει απλώς να διαθέτει εξουσιοδότηση διακίνησης των προϊόντων της και ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί δημιουργίας εκ του επίμαχου όρου διάκρισης υπέρ των αποκλειστικών αντιπροσώπων καθώς ενθαρρύνεται η προμήθεια του ζητούμενου είδους από αυτούς ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, ενώ εξάλλου αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι προμηθευτές που δεν είναι αποκλειστικοί αντιπρόσωποι δεν δύναται να εξασφαλίσουν τη σχετική εξουσιοδότηση καθώς ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη των ισχυρισμών του. Το δε γεγονός ότι ο προσφεύγων αιτιάται –χωρίς όμως να αποδεικνύει- ότι δεν δύναται να λάβει εξουσιοδότηση από την κατασκευάστρια εταιρεία του προσφερόμενου από αυτόν είδους, ανάγεται στη δική του επιχειρηματική πολιτική και άρα κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 22-23 η αδυναμία συμμετοχής του στο διαγωνισμό, δεν καθιστά τον προσβαλλόμενο όρο παράνομο λόγω παράβασης των κανόνων του ανταγωνισμού, δοθέντος και ότι οι προδιαγραφές εκ της φύσεώς τους περιορίζουν τη δυνατότητα συμμετοχής των οικονομικών φορέων σε ένα διαγωνισμό.

27. Επειδή, περαιτέρω, ουδόλως ο προσβαλλόμενος όρος ταυτίζεται με την προγενέστερη διατύπωση του άρθρου 94 παρ. 5 του ν. 4412/2016 η οποία είχε ως εξής : «... 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

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

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.». Ως δε συνομολογεί και ο προσφεύγων, η εν λόγω διάταξη καταργήθηκε προκειμένου να εξαλειφθούν φαινόμενα ευνοϊκής μεταχείρισης υπέρ των αποκλειστικών αντιπροσώπων, ζήτημα που όμως εν προκειμένω δεν συντρέχει καθώς, ως έχει ήδη εκτεθεί, ο προσβαλλόμενος όρος απαιτεί μόνον ο προμηθευτής να διαθέτει εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή. Ούτε άλλωστε η ισχύουσα διάταξη του άρθρου 94 παρ. 5 του ν. 4412/2016 αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει ως απαίτηση ο προμηθευτής να είναι εξουσιοδοτημένος από τον κατασκευαστή, το δε γεγονός ότι η επίμαχη προδιαγραφή δεν προβλέπεται σε κάποια νομοθετική διάταξη, δεν εμποδίζει την αναθέτουσα να απαιτεί πρόσθετες εξασφαλίσεις και πέραν των ελάχιστων προϋποθέσεων που θέτει το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, ενώ η σκοπιμότητα της θέσπισης του προσβαλλόμενου όρου απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα. Αλυσίτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την υπ' αριθμ. 2/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών αλλά και διότι ο εκεί προσβαλλόμενος όρος ταυτιζόταν πλήρως με την καταργηθείσα διάταξη του άρθρου 94 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

28. Επειδή, επισημαίνεται ότι στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης τίθεται και η αιτιολογική βάση της εισαγωγής του προσβαλλόμενου όρου στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ήτοι προκειμένου να διασφαλίζεται η ορθή/έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο νοσοκομείο, καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος ή μετά από την συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων (λευκή κάρτα)» από

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

τον χρήστη. Ως δε η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της, δοθέντος ότι η ανάκληση ή απόσυρση ελαττωματικών προϊόντων διενεργείται από την κατασκευάστρια εταιρεία, είναι απαραίτητη η θέσπιση της ζητούμενης προϋπόθεσης ώστε να εξασφαλίζεται η άμεση ανταπόκριση σε κάθε περιστατικό ανάκλησης/απόσυρσης προς τον σκοπό προστασίας των ασθενών, καθώς τυχόν αποσύνδεση της οποιασδήποτε επαγγελματικής σχέσης του προμηθευτή της αναθέτουσας από την κατασκευάστρια εταιρεία, δημιουργεί τον κίνδυνο, να εκτεθεί η αναθέτουσα σε περιστατικά που θα θέσουν σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία, εφόσον, δεν καταστεί εφικτή η άμεση και έγκαιρη ανάκληση ή απόσυρση των ελαττωματικών προϊόντων. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης, έχει τεθεί σε απόλυτη αναλογία με το αντικείμενο του διαγωνισμού και τελεί σε συνάρτηση με αυτό, σκοπεί στη θέσπιση ενός πρόσθετου μέτρου εξασφάλισης της ορθής και έγκαιρης εκτέλεσης της προμήθειας εκ μέρους του αναδόχου. Εξάλλου, το γεγονός ότι υφίσταται συγκεκριμένοι κανόνες ως προς την απόσυρση και ιχνηλασιμότητα των προϊόντων δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει έτερες υποχρεώσεις στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας εφόσον αιτιολογούνται ειδικώς και τηρείται η αρχή της αναλογικότητας, ως εν προκειμένω, με τον προσβαλλόμενο όρο.

29. Επειδή, εκ των προεκτεθέντων συνάγεται ότι ο προσφεύγων επιχειρεί απαραδέκτως να προδιαγράψει τους όρους διεξαγωγής του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις δικές του δυνατότητες. Σημειωτέον ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, αν και δεν έχει εκπνεύσει ακόμη η προθεσμία υποβολής των προσφορών, έχουν ήδη υποβληθεί τρεις προσφορές και άρα αποδεικνύεται το ευχερές της συμμετοχής στο διαγωνισμό καθώς και επίτευξη επαρκούς ανταγωνισμού. Επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί εν συνόλω.

30. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

31. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

32. Επειδή η πρώτη παρέμβαση θα πρέπει να γίνει δεκτή.

33. Επειδή, η δεύτερη παρέμβαση θα πρέπει να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 1190/2022

34. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 31, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη παρέμβαση

Δέχεται τη δεύτερη παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 9 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**