

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στην 15-6-2022 αποτελούμενο από το μέλος της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Σταυρούλα Κουρή.

Για να εξετάσει το ζήτημα συμμόρφωσης που διατάχθηκε με την υπ' αρ. Α52/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής (Τμήμα Β' Τριμελές).

Αφού έλαβε υπόψη την ανωτέρω υπ' αρ. Α52/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής (Τμήμα Β' Τριμελές).

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης»*.

2. Επειδή, με την από 29-4-2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 910/2021 η προσφεύγουσα εταιρία με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα αυτή εκπροσωπείται, επιδίωξε να ακυρωθούν **α)** ο όρος *i)* 2.4.3.1, περίπτωση *γ)*, αριθμός 9 και *ii)* ο όρος-τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 11 της β' ενότητας των Ειδικών Όρων, *«Εκπαίδευση-Τεχνική Υποστήριξη-Χρόνος παράδοσης-Εγκατάστασης Συνοδού Εξοπλισμού (Αναλυτές)»* για την ανάθεση της σύμβασης *«ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΟΔΟΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ...»* που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή Γενικό ... με την υπ' αρ. ... διακήρυξη, **β)** η υπ' αριθ. 283/28-4-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 7024/26-4-2021 Υπόμνημα της προσφεύγουσας προς την αναθέτουσα αρχή, ως και **γ)** κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή

μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της άνω αναθέτουσας αρχής. Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ορίσθηκε να εξεταστεί στις 8-6-2021, ωστόσο, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των είκοσι (20) ημερών, δεν εκδόθηκε απόφαση επ' αυτής. Η προσφεύγουσα, θεωρώντας ότι συντελέστηκε σιωπηρή απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της από την Α.Ε.Π.Π., άσκησε κατ' αυτής τη με αρ.καταχώρησης ANM65/3-9-2021 αίτηση αναστολής, ζητώντας την αναστολή εκτέλεσης αφενός της προαναφερθείσας σιωπηρής απόρριψης από την Α.Ε.Π.Π. της προδικαστικής προσφυγής της, αφετέρου του όρου 2.4.3.1. περίπτωση (γ) αριθμός 9 και της τεχνικής προδιαγραφής με αριθμό 11 της β' ενότητας των Ειδικών Όρων, αλλά και της ... Διακήρυξης στο σύνολό της και τέλος της απορριπτικής 283/28-4-2021 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου Η εν λόγω αίτηση αναστολής απορρίφθηκε με τη με αρ. 54/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, ως εκπροθέσμως ασκηθείσα. Στη συνέχεια, με την κατατεθείσα με ΑΚ 68/2-9-2021 αίτησή της η προσφεύγουσα επιδίωξε την ακύρωση της τεκμαιρόμενης απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής της αλλά και των αναφερόμενων ανωτέρω όρων όπως και της Διακήρυξης στο σύνολό της. Το Διοικητικό Εφετείο Κομοτηνής με την υπ' αρ. Α52/2022 απόφασή του ακύρωσε τη σιωπηρή απόρριψη από την Α.Ε.Π.Π. της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 910/29-4-2021 προδικαστικής προσφυγής της απούσας κατά των όρων της ... Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου ... και ανέπεμψε την υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητα της. Η εν λόγω δικαστική απόφαση κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 31-5-2022.

3. Επειδή, κατά το χρόνο άσκησης της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής είχε κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 600,00€.

4. Επειδή, με την με αρ. με τη ... διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια Αντιδραστηρίων Αιμοδοσίας, για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου ... για ένα έτος με δικαίωμα προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος, η δε προϋπολογισθείσα δαπάνη ανήλθε στο ποσό των 96.705,50 € μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. (ή 102.507,83 €

συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.). Κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά ομάδα εξετάσεων. Με το υπ' αρ. πρωτ. 7024/26-4-2021 υπόμνημά της η προσφεύγουσα, πριν την υποβολή της προσφοράς της, ζήτησε από το Διοικητικό Συμβούλιο του Γενικού Νοσοκομείου ... όπως απαλειφθεί, ως μη νόμιμος, ο περιληφθείς στην εν λόγω διακήρυξη όρος 2.4.3.1. περ.γ αρ.9, σύμφωνα με τον οποίο : *"Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α)... γ) Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α1 75) (ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα και δεν απαιτείται θεώρηση γνησίου υπογραφής), όπως εκάστοτε δηλώνεται ότι: 1 .. 9.Οι προσφέροντες θα πρέπει να αποδεχθούν ότι που κατακυρωθούν ως ανάδοχοι η εκχώρηση των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων σε τρίτους απαγορεύεται και ότι τα τιμολόγια τα οποία θα προκύψουν δεν είναι ενεχυριασμένα και δεν θα ενεχυριασθούν σε κανένα πιστωτικό ίδρυμα. 10..»*, άλλως όπως ο όρος συμπληρωθεί με σχετική προτεινόμενη από την προσφεύγουσα διευκρίνιση. Το Διοικητικό Συμβούλιο του ως άνω νοσοκομείου, με τη αρ.283/28- 4-2021 απόφασή του (πρακτικό 19ης Συνεδρίασης) έκρινε ότι ενόψει της, ρητώς προβλεπόμενης στο άρθρο 360 παρ.3 του ν. 4412/2016, αδυναμίας άσκησης άλλης διοικητικής προσφυγής, πέραν της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., κατά των πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και λαμβάνοντας υπόψη ότι το εξεταζόμενο υπόμνημα δεν ενέχει θέση προσφυγής, απέρριψε το αίτημα της προσφεύγουσας περί απάλειψης, άλλως συμπλήρωσης, του ανωτέρω όρου. Κατόπιν αυτών, η προσφεύγουσα άσκησε την υπ' αριθμ. 910/29-4-2021 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π ζητώντας την ακύρωση του προαναφερθέντος όρου (2.4.3.1 περ.γ αρ.9), όπως επίσης και την ακύρωση της τεχνικής προδιαγραφής με αριθμό 11 της β' ενότητας των Ειδικών Όρων της ίδιας Διακήρυξης «Εκπαίδευση- Τεχνική Υποστήριξη - Χρόνος Παράδοσης- Εγκατάστασης Συνοδού Εξοπλισμού (Αναλυτές)».

5. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής της και όσον αφορά τον όρο 2.4.3.1. περ.γ αρ.9 της διακήρυξης, προέβαλε ότι η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης με τέτοιο περιεχόμενο δεν προβλέπεται στο άρθρο 93 του Ν. 4412/2016, το οποίο είναι

εκείνο που καθορίζει αποκλειστικά ποια μπορεί να είναι τα δικαιολογητικά συμμετοχής που οφείλει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να συμπεριλάβει ως Δικαιολογητικά Συμμετοχής με την προσφορά του στο διαγωνισμό. Η ως άνω απαγόρευση κάθε είδους εκχώρησης των απαιτήσεων και ενεχυρίαση των τιμολογίων του αναδόχου προς πιστωτικό ίδρυμα, δεν προβλέπεται πουθενά σε ρητή διάταξη του Ν. 4412/2016 και, συνεπώς, δεν έχει κανένα απολύτως νόμιμο έρεισμα. Η πρόβλεψη του όρου αυτού συνιστά, δίχως άλλο, ΝΕΟ αυτοτελή λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, μη προβλεπόμενο στους περιοριστικά κατά τα άνω απαριθμούμενους στο Ν. 4412/2016 και την Οδηγία 2014/24/ΕΕ δυνατούς λόγους αποκλεισμού ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα, καθόσον, σε περίπτωση μη υποβολής της υπεύθυνης δήλωσης με το περιεχόμενο αυτό μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής του προσφέροντος, θα επέλθει αναμφίβολα η απόρριψη της προσφοράς του, ως μη κανονικής και, μάλιστα, χωρίς καν να εξεταστεί από την Αναθέτουσα Αρχή η ποιοτική καταλληλότητα του προσφέροντος και αυτό καθ' εαυτό το προσφερόμενο εκ μέρους του είδος, με τα οποία ο επίμαχος όρος, που αφορά την ευχέρεια χρηματοδότησης του οικονομικού φορέα, δεν έχει καμία απολύτως σχέση, ούτε αποτελεί κριτήριο ποιοτικής επιλογής του. Αλλά, ακόμη και αν ερμηνευτικά γινόταν τυχόν δεκτό ότι πρόκειται για κριτήριο που αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα, κριτήριο με το οποίο φαίνεται περισσότερο ότι σχετίζεται ο όρος αυτός, η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή στον συγκεκριμένο διαγωνισμό ΔΕΝ ΕΧΕΙ ΘΕΣΕΙ ΚΑΝΕΝΑ ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΚΡΙΤΗΡΙΟ για την κατηγορία αυτή και, συνεπώς, ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙ ΚΑΜΙΑ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΗ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΩΝ, που είναι το μείζον σε σχέση με τον επίμαχο όρο. Ούτε, ο όρος αυτός αφορά την καταλληλότητα (τεχνική ή ποιοτική) του ίδιου του προσφερόμενου είδους της προμήθειας (ανοσοαιματολογικές εξετάσεις με συνοδό εξοπλισμό) και, συνεπώς, ούτε ως προς αυτό έχει δικαιολογητικό λόγο ύπαρξης το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής και αποκλεισμού, αντίστοιχα, του υποψηφίου. Σε κάθε περίπτωση, η θέση του παραπάνω κριτηρίου αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της ανάπτυξης υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού. Άλλως και επικουρικώς, σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος όρος συνιστά υπέρμετρο περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας του οικονομικού φορέα, τον οποίο η

κανονιστικώς δρώσα Διοίκηση (αναθέτουσα αρχή) επιβάλλει υπερβαίνοντας τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας και, ως εκ τούτου, ο όρος αυτός ελέγχεται, εν προκειμένω, και ως αντισυνταγματικός. Επίσης, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής της και όσον αφορά τον όρο του Παράρτηματος II – Τεχνικές Προδιαγραφές Ειδών στη β' ενότητα των Ειδικών Όρων της διακήρυξης με τίτλο «Εκπαίδευση Τεχνική Υποστήριξη-Χρόνος παράδοσης-Εγκατάστασης Συνοδού Εξοπλισμού (Αναλυτές)» προέβαλε ότι Ο συγκεκριμένος όρος υπερακοντίζει το αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης προμήθειας και είναι τελείως αδικαιολόγητος και απρόσφορος σε σχέση με αυτό, αλλά και, επιπλέον συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό του ελεύθερου ανταγωνισμού και της δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού συμμετεχόντων σ' αυτόν, δεδομένου ότι απαιτεί από τον προμηθευτή να προβεί στο υπέρογκο έξοδο της αγοράς ειδικά για την συγκεκριμένη προμήθεια ενός καινούργιου και αμεταχειρίστου, ήτοι τιθέμενου για πρώτη φορά σε λειτουργία και χρήση, μηχανήματος (αναλυτή), τη στιγμή που αυτό με βάση τη Διακήρυξη θα παραχωρηθεί ΔΩΡΕΑΝ στο Νοσοκομείο και μόνο για ένα (1) έτος, ως συνοδό εξοπλισμό του αντικειμένου της προμήθειας, για το οποίο και προσφέρεται οικονομικό αντάλλαγμα, ήτοι των εξετάσεων, ως προς τις οποίες και μόνο έχει τεθεί προϋπολογισμός στη διακήρυξη, χωρίς να μπορεί ο οικονομικός φορέας να συνυπολογίσει στην προσφορά του και, συνεπώς, να ζητήσει από την Αναθέτουσα Αρχή το πρόσθετο αυτό έξοδο της εκ μέρους του αγοράς και διάθεσης στο Νοσοκομείο ενός καινούργιου, αμεταχειρίστου μηχανήματος. Ούτε εξυπηρετεί κανένα καλώς εννοούμενο συμφέρον της Αναθέτουσας Αρχής ο όρος αυτός, γεγονός που τον καθιστά παράνομο και άρα άκυρο, ως αντικείμενο στην αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι ήδη η Αναθέτουσα Αρχή έχει θέσει πληθώρα επιπλέον όρων στη Διακήρυξη, με τους οποίους διασφαλίζεται απόλυτα, ευρέως και κατά ιδιαίτερα αναλυτικό τρόπο η ΕΓΓΥΗΣΗ, η ΑΣΦΑΛΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ και η ΚΑΘΕ ΕΙΔΟΥΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ του εν λόγω μηχανήματος-συνοδού εξοπλισμού εκ μέρους και με ΕΥΘΥΝΗ του προμηθευτή, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, υπέρ του Νοσοκομείου. Επιπλέον, σε κάθε περίπτωση, το Νοσοκομείο ζητώντας ΝΕΑΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ μηχάνημα, η Αναθέτουσα Αρχή εκφράστηκε με τον επίμαχο όρο ευρύτερα απ' ό,τι και η ίδια επιθυμούσε και, πάντως, δυσανάλογα σε

σχέση με το αντικείμενο της προμήθειας και την διασφάλιση που ήδη επιτυγχάνεται για το θέμα αυτό από τους λοιπούς όρους της Διακήρυξης, ενώ προφανώς η Αναθέτουσα Αρχή ήθελε να δηλώσει ότι την ενδιαφέρει να πρόκειται για μηχάνημα νέας τεχνολογίας (ήτοι κατασκευής την τελευταία μόλις 2ετία) και όχι πάντως για παλαιό συνοδό εξοπλισμό.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 5-5-2021 τις με αρ.πρωτ.7400/5-5-2021 απόψεις της στην ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες. Με τις απόψεις αυτές, η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής για τους λόγους που εκεί αναφέρει. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή προέβαλε ότι «...*Σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής που αφορά τον όρο 2.4.3.1, περίπτωση (γ), αριθμός 9 της υπ' αρ. ... διακήρυξης του Νοσοκομείου μας το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου εξέτασε το υπόμνημα που κατέθεσε η εταιρία ... αφού έλαβε υπόψη, την εισήγηση της Προϊσταμένης του Οικονομικού Τμήματος, την υπ' αρ. 411/24-9-2020 απόφαση του ΔΣ του Νοσοκομείου ... με θέμα «Εκχωρήσεις Τιμολογίων», απέρριψε το αίτημα της εν λόγω εταιρίας με την υπ' αρ.283/28-4-2021 απόφαση. Επίσης θέτουμε υπόψη του 5ου κλιμακίου την Υπεύθυνη Δήλωση που κατέθεσε στις 8-4-2021 η εταιρία προς το Νοσοκομείο μας για την συμμετοχή της στον υπ' αρ. ... διαγωνισμό (συστημικός αριθμός ...) με αντικείμενο την προμήθεια Υγειονομικού Υλικού, με την οποία αποδέχεται τον συγκεκριμένο όρο «σε περίπτωση που η εταιρία μας κατακυρωθεί ως ανάδοχος η εκχώρηση των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων σε τρίτους απαγορεύεται και τα τιμολόγια τα οποία θα προκύψουν δεν είναι ενεχυριασμένα και δεν θα ενεχυριασθούν σε κανένα πιστωτικό ίδρυμα». Σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής που αφορά την τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 11 της β' ενότητας των Ειδικών Όρων της υπ' αρ. ... διακήρυξης του Νοσοκομείου μας. Η εταιρία με την συμμετοχή της στον υπ' αρ. ... διαγωνισμό ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΙΜΟΔΟΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ... (ΣΥΣΤ. ΑΡΙΘΜΟΣ ...) αποδέχθηκε τον όρο ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗ -ΤΕΧΝΙΚΗ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ-ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ - ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ σύμφωνα με τον οποίο «11 ΤΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ (ΑΝΑΛΥΤΕΣ) ΘΑ ΕΙΝΑΙ ΚΑΙΝΟΥΡΙΑ ΚΑΙ ΑΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΤΑ». Με την υπ' αρ. 76/8ης/6-2-2020 απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου*

κατακυρώθηκε για την προμήθεια σε ΑΝΟΣΟΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΕΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ και υπέγραψε την υπ' αρ. ... σύμβαση σύμφωνα με την οποία παρέδωσε τον ζητούμενο αναλυτή ΚΑΙΝΟΥΡΓΙΟ ΚΑΙ ΑΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΤΟ. Στην υπ' αρ. ... διακήρυξη κατά της οποίας έγινε προσφυγή, υπάρχει ο όρος ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗ -ΤΕΧΝΙΚΗ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ-ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ - ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ σύμφωνα με τον οποίο «9 Σε περίπτωση που ο μειοδότης του παρόντος διαγωνισμού ανακηρυχθεί μειοδότης και για τον επόμενο διαγωνισμό υποχρεούται στην αντικατάσταση των αναλυτών, εφόσον αυτοί υπερβαίνουν την πενταετία από την ημερομηνία κατασκευής τους.». Συνεπώς η εταιρία εφόσον κατακυρωθεί εκ νέου, δεν υποχρεούται στην αλλαγή του αναλυτή σε περίπτωση που δεν υπερβαίνει την πενταετία από την ημερομηνία κατασκευής του. Τέλος επισημαίνουμε την εκπρόθεσμη κατάθεση της προσφυγής κατά της διακήρυξης σύμφωνα με την ενότητα 3.4 ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΠΡΟΣΦΥΓΕΣ –ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ της υπ' αρ. ... διακήρυξης όπου αναφέρει: «προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής 1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016).». Η δημοσίευση της διακήρυξης έγινε στις 8-4-2021 και η κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης στις 29-4-

2021. Συμπερασματικά, θεωρούμε ότι η το Νοσοκομείο έπραξε με γνώμονα την προάσπιση του δημόσιου συμφέροντος.».

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και σε συμμόρφωση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (πρώην ΑΕΠΠ) με την υπ' αρ. Α52/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, κρίνονται τα ακόλουθα.

8. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, κατά το χρόνο δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξης (8-4-2021), αλλά και κατά το χρόνο άσκησης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής (29-4-2021) αρμόδιο προς εξέταση της προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 365 του ν.4412/2016 ως τότε ίσχυε, ήταν το τριμελές κλιμάκιο της ΑΕΠΠ. Ακολούθως, με το άρθρο 136 του ν. 4782/2021 τροποποιήθηκε η παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016 και θεσπίσθηκε η αρμοδιότητα του μονομελούς κλιμακίου της ΑΕΠΠ (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) για προσφυγές εκτιμώμενης αξίας έως και 100.000€ (η προϋπολογισθείσα αξία του εξεταζόμενου διαγωνισμού είναι 96.705,50€ μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α.) με έναρξη την 1-6-2021, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 3 του ν. 4782/2021. Εντούτοις, μετά την κοινοποίηση στην ΕΑΔΗΣΥ στις 31-5-2022 της ανωτέρω δικαστικής απόφασης Α52/2022 του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, η υπόθεση χρεώθηκε από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σε μονομελές κλιμάκιο προς συμμόρφωση. Υπό τα δεδομένα αυτά εκδόθηκε από το παρόν μονομελές κλιμάκιο της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. η με αρ.1137/2022 Πράξη Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής σε Συμμόρφωση με Δικαστική Απόφαση.

10. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή δια των απόψεών της. Συγκεκριμένα, η εν λόγω διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8-4-2021, το 15νθήμερο της τεκμαιρόμενης πλήρους γνώσης (κατ' άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ του ν.4412/2016) ήταν στις 23-4-2021 και το επέκεινα 10ήμερο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής έληγε στις 5-5-02021 διότι η καταληκτική της 3-5-2021 ήταν αργία (Δευτέρα του Πάσχα 2021) και η επόμενη της 4-5-2021 ήταν επίσης αργία λόγω

μεταφοράς της εορτής της Πρωτομαγιάς 2021. Η προσφεύγουσα με τη προσφυγή της υποστηρίζει ότι έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 26-4-2021 (χωρίς να προκύπτει κάτι περί αντιθέτου), ήτοι μετά την πάροδο της τεκμαιρόμενης πλήρους γνώσης (της 23-4-2021), άσκησε, όμως, την υπό κρίση προσφυγή της, ως προεκτέθηκε, στις 29-4-2021, ήτοι εντός της κατ' ανώτατο όριο, δυνάμει του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ του ν.4412/2016, καταληκτικής προθεσμίας της 5-5-2021. Υπό τα δεδομένα αυτά κρίνεται ότι εμπροθέσμως ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και άρα κατά τούτο κρίνεται παραδεκτή.

11. Επειδή, όσον αφορά έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εταιρία για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις 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 της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣτΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του για την προσβολή των επίμαχων όρων της διακήρυξης προβάλλει ότι οι όροι αυτοί «.....καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της εταιρείας μας και, επιπλέον, είναι βέβαιο ότι θα υποστούμε ανεπανόρθωτη βλάβη από την τυχόν συμμετοχή μας στον διαγωνισμό εφόσον οι όροι αυτοί διατηρηθούν σε ισχύ, δεδομένου ότι, ενώ έχουμε όλες τις προϋποθέσεις και είμαστε σε θέση να προσφέρουμε με ιδιαίτερη ανταγωνιστική τιμή τα ζητούμενα υλικά με τον

κατάλληλο γι' αυτά συνοδό εξοπλισμό, δεν θα μπορούμε να συμπεριλάβουμε στην προσφορά μας και τους άνω συγκεκριμένους όρους και δεσμεύσεις, όπως απαιτεί η διακήρυξη, με αποτέλεσμα να αποκλειστούμε τελικά από τη συνέχεια του διαγωνισμού μόνο εξαιτίας των όρων αυτών, επί ζημία μας και, άρα, να έχουμε προβεί σε ατελέσφορη υποβολή προσφοράς, που, αν δεν υπήρχαν οι όροι αυτοί, θα είχε γίνει με βεβαιότητα αποδεκτή...». Τούτων δοθέντων κρίνεται ότι με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά των ανωτέρω δύο όρων της διακήρυξης.

12. 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 προμήθειας, καθορίζοντας αυτούς με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των απαιτήσεων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες 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 ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, οι οποίοι δεν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής ή των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι όροι από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). Εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενομένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, οι τιθέμενοι όροι πρέπει να είναι συνδεδεμένοι και

ανάλογοι προς το αντικείμενο της σύμβασης, χωρίς να βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 κλπ).

13. Επειδή, όσον αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα ακόλουθα: Ο όρος 2.4.3.1 περ. γ' αρ. 9 της διακήρυξης με τίτλο 'Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»' ορίζει ότι *«Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:..... γ) Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α' 75) (ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα και δεν απαιτείται θεώρηση γνησίου υπογραφής), όπως εκάστοτε ισχύει όπου να δηλώνεται ότι:..... 9. Οι προσφέροντες θα πρέπει να αποδεχτούν ότι σε περίπτωση που κατακυρωθούν ως ανάδοχοι η εκχώρηση των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων σε τρίτους απαγορεύεται και ότι τα τιμολόγια τα οποία θα προκύψουν δεν είναι ενεχυριασμένα και δεν θα ενεχυριασθούν σε κανένα πιστωτικό ίδρυμα....»*. Ο προσβαλλόμενος αυτός όρος δεν κρίνεται ότι παραβιάζει την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι η προσφεύγουσα εμποδίζεται στην *«.....ομαλή λειτουργία της [προσφεύγουσας] και την χρηματοοικονομική της επάρκεια και, συνακόλουθα, για τη δυνατότητά της να ανταποκρίνεται με αποτελεσματικότητα και συνέπεια στις εκάστοτε παραγγελίες και παραδόσεις υλικών προς τα Νοσοκομεία.....»*, αλλ' ούτε την αρχή της αναλογικότητας, καθόσον η υιοθέτησή του από την αναθέτουσα αρχή σχετίζεται με τη απλούστερη διαδικασία αποπληρωμής εκ μέρους της των σχετικών ενταλμάτων. Ούτε κρίνεται ότι ο πληττόμενος όρος συνιστά συγκεκριμένη διάκριση και περιορισμό της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης της υπόψη σύμβασης. Περαιτέρω, ο τεθείς αυτός όρος δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, ως αβάσιμα υποστηρίζει ο προσφεύγων, αφού δεν εμπίπτει στην έννοια του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ούτε, τέλος, παραβιάζει

τη διάταξη του άρθρου 93 το υ ν.4412/2016, ως επίσης αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, καθόσον η σχετική διάταξη νόμου, πέραν της συμπερίληψης στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής των υποψηφίων του ΕΕΕΣ και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, προβλέπει και τη συμπερίληψη των πρόσθετων εγγράφων που καθορίζει η διακήρυξη, τέτοιο δε εν προκειμένω συνιστά η σχετική Υπεύθυνη Δήλωση. Κατά συνέπεια απορριπτέος κρίνεται ο πρώτος λόγος προσφυγής.

14. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής κρίνονται τα ακόλουθα: Στο Παράρτημα ΙΙ – Τεχνικές Προδιαγραφές Ειδών στη β' ενότητα των Ειδικών Όρων της διακήρυξης με τίτλο «Εκπαίδευση Τεχνική Υποστήριξη-Χρόνος παράδοσης-Εγκατάστασης Συνοδού Εξοπλισμού (Αναλυτές)» προβλέπεται ότι *«Επιπλέον, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να συμπεριλάβουν στην προσφορά τους τα κάτωθι στοιχεία:..... 11) ΤΟ ΜΗΧΑΝΗΜΑ (ΑΝΑΛΥΤΕΣ) ΘΑ ΕΙΝΑΙ ΚΑΙΝΟΥΡΙΟ ΚΑΙ ΑΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΤΟ.....»*. Η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής ο προσφερόμενος αναλυτής να είναι καινούριος και αμεταχειρίστος δεν κρίνεται μη νόμιμος. Ειδικότερα, η διακήρυξη πράγματι ορίζει ότι ο αναλυτής, ως συνοδός εξοπλισμός, θα παραδοθεί και εγκατασταθεί με ευθύνη και έξοδα του οικονομικού φορέα στο χώρο που θα του υποδειχθεί για όλη την ετήσια διάρκεια της σύμβασης. Ομοειδής, άλλωστε, απαίτηση για δωρεάν συνοδό εξοπλισμό, ορίζεται στη συντριπτική πλειονότητα συναφών διακηρύξεων. Η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για καινούριο και αμεταχειρίστο αναλυτή σχετίζεται με την αναγκαιότητά της να μειώσει ή και να εξαλείψει τον κίνδυνο βλάβης του μηχανήματος, που αν συμβεί θα δημιουργήσει σοβαρό πρόβλημα δυσλειτουργίας του νοσοκομείου με συνέπειες στην υγεία των ασθενών. Υπό το πρίσμα αυτό ο προσβαλλόμενος αυτός όρος δεν κρίνεται ότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Και βέβαια οι προβλέψεις της διακήρυξης για εγγύηση καλής λειτουργίας του συνοδού εξοπλισμού, ως είναι ο αναλυτής, δωρεάν αποκατάσταση βλαβών, προληπτικό έλεγχο συντήρησης σε τακτά διαστήματα, μη ευθύνη του νοσοκομείου για βλάβη του και επίσκεψη αρμοδίου εντός 48 ωρών από την αναγγελία της βλάβης, που περιλαμβάνονται στη διακήρυξη, δεν είναι αρκετές για να εξαλείψουν τον κίνδυνο βλάβης του μηχανήματος και άρα διακοπής της λειτουργίας του σε βάρος των ασθενών. Η τεθείσα απαίτηση της διακήρυξης για δωρεάν

καινούριο και αμεταχείριστο αναλυτή κατατείνει στη μείωση της επέλευσης του κινδύνου αυτού. Ούτε παραβιάζει ο προσβαλλόμενος όρος την αρχή της ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού εκ του λόγου ότι η προσφεύγουσα δυσκολεύεται να προβεί στη σχετική δαπάνη. Ούτε κρίνεται ότι ο πληττόμενος όρος συνιστά συγκεκριμένη διάκριση και περιορισμό της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης της υπόψη σύμβασης φωτογραφίζοντας συγκεκριμένη μόνον ομάδα προμηθευτών. Κατά συνέπεια απορριπτέος κρίνεται και ο δεύτερος λόγος προσφυγής.

15. Επειδή, κατόπιν όσων εκτέθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις, απορριπτέα κρίνεται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να οριστεί η κατάπτωση του ποσού των 600,00 ευρώ που αντιστοιχεί στο νόμιμο παράβολο που καταβλήθηκε για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

**ΚΑΙ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΥΠ' ΑΡ. Α52/2022 ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΕΦΕΤΕΙΟΥ ΚΟΜΟΤΗΝΗΣ**

Απορρίπτει τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 910/2021 προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στην 15-6-2022 και εκδόθηκε στις 17-6-2022.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ