

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 01.11.2017 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου –
Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη

Για να εξετάσει την από 02.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)/117/02.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/20/02.10.2017 της Προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», η οποία εδρεύει στην, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ./08-09-2017 Διακήρυξης ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής ιατρικού εξοπλισμού του Γενικού Νοσοκομείου «.....», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 402.716,38 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι αυτή εμπεριέχει τεχνικές προδιαγραφές και όρους που παραβιάζουν τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αποκλείοντας ως εκ τούτου το δικαίωμα συμμετοχής της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 166930227957 1128 0004), ποσού 2.013,58 € και έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.
2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης 402.716,38 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι αξία ανώτερη των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.
3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, στα οποία προβλέπεται ότι *«1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ»,* ως εν προκειμένω, αφού η Προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 22.09.2017, ήτοι εντός 15 ημερών

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

από τη δημοσίευσή της στις 08.09.2017 στο ΚΗΜΔΗΣ και η Προσφυγή ασκήθηκε στις 02.10.2017.

4. Επειδή, με τη με αριθ./2017 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου «.....» προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός δημόσιος ανοικτός διεθνής διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης ιατρικού εξοπλισμού του νοσοκομείου, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 402.716,38 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Κατά της Διακήρυξης αυτής, και δη κατά των τεχνικών προδιαγραφών με αριθ. 7, 14, 15 και 16 που αναγράφονται στο Παράρτημα ΙΙ αυτής, στο Τμήμα με Τίτλο «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές που πρέπει να ισχύουν για οποιαδήποτε συντήρηση συμπεριλαμβάνεται στην παρούσα διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου για τη συντήρηση, τεχνική υποστήριξη και λειτουργία ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του νοσοκομείου» και στην παράγραφο ΙΙ με τίτλο «Γενικοί Όροι Λειτουργίας του Αναδόχου Συντήρησης», με τις οποίες ορίζεται στη με αριθ. 7 τεχνική προδιαγραφή ότι «7. Για όλα τα ζητούμενα ανταλλακτικά τα οποία υποχρεούται ο συμμετέχων να τα έχει σε στοκ, να προσκομιστούν επίσης έγγραφα προμήθειας από τους κατασκευαστικούς οίκους των αντίστοιχων μηχανημάτων», στη με αριθ. 14 τεχνική προδιαγραφή ότι : «14. Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ εταιρεία υποχρεούται να διαθέτει στην Ελλάδα μόνιμα κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό με πιστοποιητικό εκπαίδευσης (σε όλα τα ιατρικά μηχανήματα της διακήρυξης) και εξουσιοδότησης αυτού από τον κατασκευαστικό οίκο για την συντήρηση του συγκεκριμένου τύπου μηχανημάτων», στη με αριθ. 15 τεχνική προδιαγραφή ότι : «15. Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ υποχρεώνεται να προβεί στην αναβάθμιση του λογισμικού λειτουργίας των ιατρικών μηχανημάτων στην τελευταία έκδοση τους από τον κατασκευαστικό οίκο και να βεβαιώνει τη δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

αναβάθμισης λογισμικού των ιατρικών μηχανημάτων όταν αυτά είναι διαθέσιμα. Να πιστοποιείται με αντίστοιχη βεβαίωση του οίκου», και στη με αριθ. 16 τεχνική προδιαγραφή ότι : «16. Η «ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ» να είναι εξουσιοδοτημένη από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης ή από τον ίδιο τον κατασκευαστή ώστε να μπορεί να πραγματοποιεί διορθώσεις, τροποποιήσεις, ανακλήσεις σύμφωνα με το σύστημα διασφάλισης ποιότητας του εργοστασίου κατασκευής και τις αντίστοιχες τυχόν οδηγίες των Ελληνικών ή Ευρωπαϊκών κανονιστικών αρχών, ώστε να εξασφαλίζεται η αρτιότερη και ασφαλέστερη για τους ασθενείς λειτουργία», η προσφεύγουσα υπέβαλε την από 02.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή της.

5. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως άνω προδιαγραφές έχουν τεθεί κατά παράβαση των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2106, θέτοντας αδικαιολόγητα φραγμό στο δικαίωμά της να συμμετέχει στον επίμαχο διαγωνισμό, και δη ως προς το τμήμα αυτού που αφορά στη «Συντήρηση και Επισκευή Μηχανημάτων Μονάδος Τεχνητού Νεφρού AK-200 & AK-200S» του οίκου Gambro, προϋπολογισθείσας αξίας 21.000 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως άνω προδιαγραφές αποτυπώνουν την τεχνική ικανότητα του υποψήφιου αναδόχου, η οποία δέον να αποδεικνύεται με τα μέσα απόδειξης που απαριθμούνται περιοριστικά στις οικείες διατάξεις του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, και όχι μόνον με την προσκόμιση βεβαιώσεων αποκλειστικά από την κατασκευάστρια εταιρία του υπό συντήρηση εξοπλισμού σε σχέση με την εκπαίδευση και γενικότερα τις τεχνικές ικανότητες του προσωπικού του αναδόχου, αποδεικτικά η κτήση των οποίων προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικού δεσμού μεταξύ του υποψήφιου αναδόχου και της κατασκευάστριας εταιρίας του εξοπλισμού. Τέλος, ισχυρίζεται ότι οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

έχουν φωτογραφικό χαρακτήρα στο μέτρο που προσδιορίζουν εμμέσως την προμήθεια ανταλλακτικών από συγκεκριμένο μόνο αποκλειστικό διανομέα αυτών, με αποτέλεσμα να παραβιάζονται οι αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις προσκομισθείσες απόψεις της προβάλλει τον ισχυρισμό ότι οι με αριθ. 7, 14, 15 και 16 προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης αφορούν στη διατύπωση τεχνικών προδιαγραφών σχετικά με την παροχή υπηρεσιών συντήρησης του υποψήφιου αναδόχου, τις οποίες η διοίκηση είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της, με σκοπό την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της και την απρόσκοπτη λειτουργία των μηχανημάτων του νοσοκομείου, με αποτέλεσμα εν προκειμένω να τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 και όχι οι διατάξεις των άρθρων 75 και 80 του Ν.4412/2016 (πρώην άρθρο 48 της Οδηγίας 2004/18/EK), τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα, αιτούμενη ως εκ τούτου την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

7. Επειδή, η εταιρία «.....» έχει υποβάλλει στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από 31.10.2017 υπόμνημά της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. υπέρ του κύρους της με αριθ./08.09.2017 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείων «.....», αιτούμενη την απόρριψη της από 02.10.2017 Προδικαστικής Προσφυγής. Το από 31.10.2017 υπόμνημα της εταιρίας «.....» συνιστά κατ'ορθή ερμηνεία παρέμβαση της εν λόγω εταιρίας υπέρ του κύρους της με αριθ./08.09.2017 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείων «.....», η οποία θα έπρεπε να ασκηθεί σύμφωνα τη διάταξη του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

Στην κριθείσα περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη ότι δε χωρεί κοινοποίηση σε τυχόν ενδιαφερόμενους τρίτους της προσφυγής που ασκείται κατά διακήρυξης, η ως άνω 10ήμερη προθεσμία κρίνεται ότι εκκινεί από την πλήρη γνώση της προδικαστικής προσφυγής, η οποία τεκμαίρεται κατά το χρονικό σημείο ανάρτησης της προδικαστικής προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι η Προδικαστική Προσφυγή αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 02.10.2017, η παρέμβαση της εταιρίας «.....» ασκήθηκε εκπροθέσμως την 31.10.2017.

8. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 54 του Ν.4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ'εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ'εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 55 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Όταν οι αναθέτουσες αρχές σκοπεύουν να προβούν σε αγορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών με ειδικά περιβαλλοντικά, κοινωνικά ή άλλα χαρακτηριστικά, μπορούν, στις τεχνικές

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

προδιαγραφές, στα κριτήρια ανάθεσης ή στους όρους εκτέλεσης της σύμβασης, να απαιτούν συγκεκριμένο σήμα ως αποδεικτικό ότι τα έργα, οι υπηρεσίες ή τα αγαθά συμμορφώνονται στα απαιτούμενα χαρακτηριστικά, εφόσον πληρούνται όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις : α) οι απαιτήσεις σήματος αφορούν αποκλειστικά τα κριτήρια που σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι κατάλληλες για τον προσδιορισμό των χαρακτηριστικών των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης, β) οι απαιτήσεις σήματος βασίζονται σε κριτήρια που μπορούν να επαληθευτούν με αντικειμενικό τρόπο και δεν εισάγουν διακρίσεις, γ) τα σήματα καθιερώνονται μέσω ανοικτής και διαφανούς διαδικασίας, στην οποία έχουν δικαίωμα συμμετοχής όλοι οι ενδιαφερόμενοι, συμπεριλαμβανομένων κρατικών οργανισμών καταναλωτών, κοινωνικών εταίρων, κατασκευαστών, διανομέων και μη κυβερνητικών οργανώσεων, δ) τα σήματα είναι προσιτά σε όλα τα ενδιαφερόμενα μέρη, ε) οι απαιτήσεις σήματος καθορίζονται από τρίτο, επί του οποίου ο οικονομικός φορέας που υποβάλλει αίτηση για το σήμα, δεν μπορεί να ασκήσει αποφασιστική επιρροή. Όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν τα έργα, τα αγαθά και οι υπηρεσίες να πληρούν όλες τις απαιτήσεις σήματος, δηλώνουν τις απαιτήσεις σήματος στις οποίες αναφέρονται. Οι αναθέτουσες αρχές που απαιτούν συγκεκριμένο σήμα αποδέχονται όλα τα σήματα που επιβεβαιώνουν ότι τα έργα, τα αγαθά και οι υπηρεσίες πληρούν τις ισοδύναμες απαιτήσεις σήματος 2. Εάν ένα σήμα πληροί τις προϋποθέσεις των περιπτώσεων β`, γ`, δ` και ε` της παρ. 1, αλλά θέτει επιπλέον απαιτήσεις που δεν σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν το καθαυτό σήμα, αλλά μπορούν να ορίζουν την τεχνική προδιαγραφή με παραπομπή στις λεπτομερείς προδιαγραφές του εν λόγω σήματος ή, όπου κριθεί απαραίτητο, σε τμήματα των σχετικών προδιαγραφών που

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι κατάλληλα για τον καθορισμό των χαρακτηριστικών του εν λόγω αντικειμένου».

9. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 80 του Ν. 4412/2106 ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Τέλος, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής : «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία, β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολάβος για την εκτέλεση του έργου, γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του, δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας, στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης, ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια, θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολάβος για την εκτέλεση της σύμβασης, ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας, ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

10. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται 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 και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

11. Επειδή, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον προμηθευτή της (υποψήφιο ανάδοχο) ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Προς τούτο δε, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

δε περίπτωση χωρίς να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

12. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016, πριν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, να ενσωματώνει και στάδιο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, όπου έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν μεταξύ άλλων τα ελάχιστα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα και την καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, και δη όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ήτοι την ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα, προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

13. Επειδή, ειδικά με τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981, *Transporoute et travaux*).

14. Επειδή, από το περιεχόμενο της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13/2016 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκύπτει ότι, κατά τις αντίστοιχες διατάξεις της πρώην ισχύουσας Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η ελάχιστη -κατά τα απαιτούμενα στη διακήρυξη- τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων συνίσταται στα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, εμπειρίας και προσόντων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο διαγωνιζόμενος προκειμένου να κριθεί ικανός για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, και ως εκ τούτου η προσφορά του να μπορεί να ληφθεί υπόψη για την ανάθεση αυτής, στοιχεία τα οποία ο υποψήφιος ανάδοχος καλείται να αποδείξει με έναν από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Γι' αυτό άλλωστε και σύμφωνα με την ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία, τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να συμβαδίζουν με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι να μπορεί από αυτά να προκύπτει αντικειμενικά η σχετική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης και να είναι

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων.

15. Επειδή, οι προσβαλλόμενοι με αριθ. 14, 15 και 16 όροι της Διακήρυξης περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ αυτής, στο Τμήμα με Τίτλο «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές» και στην παράγραφο ΙΙ με τίτλο «Γενικοί Όροι Λειτουργίας του Αναδόχου Συντήρησης» ως προδιαγραφές που πρέπει να έχει κάθε υποψήφιος ανάδοχος, ανεξαρτήτως του είδους του ιατρικού εξοπλισμού για το οποίο θα παρέχει τις υπηρεσίες συντήρησης.

16. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο με αριθ. 14 όρο, όπου προβλέπεται ότι «Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ εταιρεία υποχρεούται να διαθέτει στην Ελλάδα μόνιμα κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό με πιστοποιητικό εκπαίδευσης (σε όλα τα ιατρικά μηχανήματα της διακήρυξης) και εξουσιοδότησης αυτού από τον κατασκευαστικό οίκο για την συντήρηση του συγκεκριμένου τύπου μηχανημάτων» αποτυπώνεται ως ελάχιστο επιθυμητό προσόν, η κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού της υποψήφιας αναδόχου εταιρίας στη συντήρηση των ιατρικών μηχανημάτων για τα οποία υποβάλλει προσφορά. Εν προκειμένω, το κριτήριο της κατάλληλης εκπαίδευσης συνίσταται σε ένα συγκεκριασμό επιμέρους στοιχείων, όπως η πιστοποιημένη εκπαίδευση, η τεχνογνωσία, η εμπειρία, και εν τέλει η τεχνική ικανότητα του υποψήφιου αναδόχου (και του προσωπικού του), στοιχεία τα οποία συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως γενική τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση υπηρεσίας.

17. Επειδή, με τον ως άνω προσβαλλόμενο όρο απαιτείται προς απόδειξη της φερόμενης ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, ο υποψήφιος ανάδοχος να φέρει πιστοποιητικό εκπαίδευσης και να

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

είναι εξουσιοδοτημένος για την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης του συγκεκριμένου τύπου μηχανήματος από τον κατασκευαστικό οίκο αυτού. Όμως, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα παραπάνω, ο προσβαλλόμενος όρος τέθηκε εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής της παρεχόμενης υπηρεσίας, υποκρύπτοντας προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, και δη την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, δέον κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να επιλέγονται και τα αντίστοιχα, κατάλληλα και ανάλογα μέσα προς απόδειξη αυτής, από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εν προκειμένω, η απαίτηση το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του ιατρικού εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης κρίνεται ότι υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής του ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης εκπαίδευσης, όπως για παράδειγμα πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου, απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών.

18. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο με αριθ. 15 όρο, όπου προβλέπεται ότι «Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ υποχρεώνεται να προβεί στην αναβάθμιση του λογισμικού λειτουργίας των ιατρικών μηχανημάτων στην τελευταία έκδοση τους από τον κατασκευαστικό οίκο και να βεβαιώνει τη δυνατότητα αναβάθμισης λογισμικού των ιατρικών μηχανημάτων όταν αυτά είναι διαθέσιμα. Να πιστοποιείται με

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

αντίστοιχη βεβαίωση του οίκου», αποτυπώνεται η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής το προσωπικό του υποψήφιου αναδόχου να προβαίνει σε όλες τις διαθέσιμες τελευταίες αναβαθμίσεις του λογισμικού λειτουργίας του υπό συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού. Η ικανοποίηση της ως άνω απαίτησης προϋποθέτει ότι το προσωπικό που θα διαθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών πρέπει να είναι κατάλληλα καταρτισμένο, να φέρει την απαραίτητη τεχνογνωσία άλλως την απαραίτητη εμπειρία, ώστε να δύναται να ανταποκριθεί στην προαπαιτούμενη ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού του υπό συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού στην εκάστοτε τελευταία έκδοσή του. Με άλλα λόγια, η προσβαλλόμενη απαίτηση, αν και τίθεται ως γενική τεχνική προδιαγραφή, κατ' ουσίαν αφορά στην επιθυμητή τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, η οποία εν προκειμένω συνίσταται στην τεχνική γνώση της αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του ιατρικού εξοπλισμού στην τελευταία του έκδοση, και όχι ως χαρακτηριστικό που σχετίζεται αμιγώς με την υπό ανάθεση υπηρεσία συντήρησης.

19. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, στο μέτρο που ο προσβαλλόμενος όρος, παρότι φέρεται ως τεχνική προδιαγραφή, συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, δέον να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα κατάλληλα και ανάλογα μέσα απόδειξης από τα αναφερόμενα στη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή παραπέμπει στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Προς τούτο εύλογα αξιώνεται στους όρους της διακήρυξης, ο υποψήφιος ανάδοχος να βεβαιώνει τη δυνατότητα αναβάθμισης του λογισμικού των συντηρούμενων ιατρικών μηχανημάτων. Εν προκειμένω, κατά το μέρος που η κριθείσα τεχνική ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του συντηρούμενου

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

εξοπλισμού απαιτείται να πιστοποιείται μόνον με βεβαίωση του αντίστοιχου κατασκευαστικού οίκου του εξοπλισμού, κρίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, επιλέγει χωρίς κατάλληλο και πρόσφορο δικαιολογητικό λόγο, ένα απολύτως εξειδικευμένο μέσο απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, αν και αυτή θα μπορούσε να αποδεικνύεται και με άλλα μέσα που δε συνδέονται αποκλειστικά με τον κατασκευαστικό οίκο του συντηρούμενου ιατρικού εξοπλισμού, όπως για παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης υπηρεσιών αναβάθμισης λογισμικού λειτουργίας αντίστοιχου εξοπλισμού.

20. Επειδή, προς επίρρωση των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι, κατά τα οριζόμενα στη με αριθ. 17/08.09.2017 Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, και δη στην παράγραφο 2 «Γενικοί και Ειδικό Όροι Συμμετοχής», υποπαράγραφοι 2.2.4.-2.2.7. περιγράφονται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, ήτοι τα κριτήρια δυνάμει των οποίων η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε έλεγχο της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων για την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης. Μεταξύ αυτών συμπεριλαμβάνεται στην υποπαράγραφο 2.2.6. το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, για την περιγραφή του οποίου γίνεται παραπομπή στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή των Ειδικών Απαιτήσεων του Αντικειμένου της Σύμβασης». Παρόλα αυτά, ανατρέχοντας στα οριζόμενα στο ως άνω Παράρτημα, διαπιστώνεται ότι η διακήρυξη κάνει αναφορά στον τρόπο υποβολής της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων και στο περιεχόμενο του υποφακέλου αυτής, ώστε να συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους λοιπούς όρους της διακήρυξης. Περαιτέρω, στην υποπαράγραφο 2.2.9.2., όπου απαριθμούνται τα μέσα απόδειξης περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, και στο σημείο Β.4. αυτής, απαιτείται προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6. οι διαγωνιζόμενοι να προσκομίζουν τα κατάλληλα πιστοποιητικά/βεβαιώσεις, με παραπομπή στα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, το οποίο όπως ήδη ειπώθηκε αφορά στην τεχνική προσφορά και δη στις τεχνικές προδιαγραφές των υπό ανάθεση υπηρεσιών, κάνοντας μνεία και στον πίνακα συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς. Ως εκ τούτου, το Παράρτημα Ι της διακήρυξης, αν και χρησιμοποιείται προς εξειδίκευση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, στο περιεχόμενό του αφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των υπό ανάθεση υπηρεσιών. Αντίθετα, το Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης με τίτλο «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων, στο Τμήμα με τίτλο «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές που πρέπει να ισχύουν για οποιαδήποτε συντήρηση συμπεριλαμβάνεται στην παρούσα διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου για τη συντήρηση, τεχνική υποστήριξη και λειτουργία ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του νοσοκομείου» και στην παράγραφο ΙΙ με τίτλο «Γενικοί Όροι Λειτουργίας του Αναδόχου Συντήρησης», αν και όλοι οι αναφερόμενοι τίτλοι σχετίζονται με τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές των υπό ανάθεση υπηρεσιών, στην παράγραφο ΙΙ ενσωματώνονται και κριτήρια ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου, κάποιες απαιτήσεις, αν και θα έπρεπε ως τεχνικές προδιαγραφές να συνιστούν μέρος της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, περιλαμβάνονται στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ενώ άλλες απαιτήσεις, αν και χαρακτηρίζονται ως τεχνικές προδιαγραφές, συνιστούν συγκεκριμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως οι προσβαλλόμενες.

21. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο με αριθ. 7 όρο απαιτείται για όλα τα ζητούμενα ανταλλακτικά που υποχρεούνται οι διαγωνιζόμενοι να

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

έχουν σε στοκ, να προσκομίζουν επίσημα έγγραφα που να αποδεικνύουν ότι τα έχουν προμηθευτεί από τους κατασκευαστικούς οίκους των αντίστοιχων μηχανημάτων. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, με τον όρο αυτό περιορίζεται παρανόμως ο ανταγωνισμός μεταξύ των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στην υπό κρίση διακήρυξη, στο μέτρο που τίθεται ως προαπαιτούμενο οι διαγωνιζόμενοι να προμηθεύονται τα ανταλλακτικά που απαιτείται να έχουν σε στοκ από συγκεκριμένη μόνο πηγή. Και τούτο διότι, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, αποκλειστικός προμηθευτής των ανταλλακτικών για τα μηχανήματα τεχνητού νεφρού Gambro, τα οποία αφορούν στην προσφορά της προσφεύγουσας, είναι για την Ελλάδα η εταιρία «.....», η οποία με τη σειρά της τα προμηθεύεται από τη μητρική εταιρία «.....» Όπως μάλιστα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η εταιρία «.....», ως αποκλειστική διανομέας των προϊόντων Gambro στην Ελλάδα, αρνείται να προμηθεύει αυτήν με τα απαραίτητα ανταλλακτικά με το σήμα Gambro, εκμεταλλευόμενη έτσι τη δεσπόζουσα θέση της προκειμένου να συμμετέχει μόνη της σε σχετικούς δημόσιους διαγωνισμούς, με αποτέλεσμα να περιορίζει με αθέμιτο τρόπο τον ανταγωνισμό. Αντ'αυτού η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, εν προκειμένω για την απόδειξη της απρόσκοπτης προμήθειας των ζητούμενων ανταλλακτικών εκ μέρους των υποψηφίων αναδόχων θα αρκούσε η με υπεύθυνη δήλωση ανάληψη ευθύνης των διαγωνιζομένων ότι θα έχουν διαθεσιμότητα στα ζητούμενα ανταλλακτικά ή η προσκόμιση πιστοποιητικού του αποθέματός τους.

22. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αποκρούει τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ως αναπόδεικτο καθώς, όπως η ίδια ισχυρίζεται, δεν υπάρχει κανένα δικαστικό τεκμήριο περί δράσης της εταιρίας «.....» στην οικεία αγορά με σκοπό τη στρέβλωση του

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

ανταγωνισμού. Παρόλα αυτά, προς απόδειξη του ισχυρισμού της, η προσφεύγουσα προσκομίζει με το από 23.10.2017 υπόμνημά της, όπως και με το από 26.10.2017 συμπληρωματικό αυτού υπόμνημα, τόσο την υπ' αριθ. /2016 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, όπου αναγνωρίζεται η κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της προκατόχου της εταιρίας «.....», ήτοι της εταιρίας «.....», η οποία μέχρι πρότινος λειτουργούσε ως αποκλειστικός διανομέας των οικείων προϊόντων στην Ελλάδα, στο μέτρο που και αυτή αρνούσαν την προμήθεια ανταλλακτικών στην προσφεύγουσα, αλλά και τη με αριθ. /2017 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με την οποία το Δικαστήριο διατάσσει ως ασφαλιστικό μέτρο η εταιρία «.....», ως αποκλειστικός διανομέας των ανταλλακτικών με το σήμα Gambro στην Ελλάδα, να υποχρεούται να εκτελεί παραγγελίες ανταλλακτικών που της απευθύνει η προσφεύγουσα, αναγνωρίζοντας ότι η άρνηση της εταιρίας «.....» προς τούτο συνιστά αθέμιτη εμπορική πρακτική.

23. Επειδή, ο προσβαλλόμενος με αριθ. 7 όρος έχει ως συνέπεια να καθίστανται επιλέξιμες μόνο οι προσφορές ανταλλακτικών που προέρχονται από τη μητρική ή τη θυγατρική εταιρία, ενώ συνεκτιμώντας τον κίνδυνο άρνησης της τελευταίας να προμηθεύει με ανταλλακτικά τρίτους ανεξάρτητους παρόχους υπηρεσιών συντήρησης, όπως η προσφεύγουσα, με τον ως άνω όρο αποκλείεται η περίπτωση τα υπό προμήθεια ανταλλακτικά να προέρχονται ακόμα και από άλλες εταιρίες, πρώην αποκλειστικούς διανομείς ανταλλακτικών της κατασκευάστριας εταιρίας, όπως για παράδειγμα ήταν η εταιρία «.....».

24. Επειδή, εξάλλου, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, στο πλαίσιο εφαρμογής προισχύουσας διάταξης του π.δ. 118/2007 «Κανονισμός

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

Προμηθειών του Δημοσίου» για το αυτό ζήτημα, αν ο συμμετέχων στο διαγωνισμό δεν κατασκευάζει ο ίδιος τα προσφερόμενα είδη σε δικό του εργοστάσιο, τα οποία θα τεθούν στη διάθεσή του μέσω ενδιάμεσου τρίτου προσώπου, ενεργούντος ως εμπορικού αντιπροσώπου, πράκτορα ή διανομέα του κατασκευαστικού οίκου, απαιτείται, επί ποινή απαραδέκτου, η υποβολή δήλωσης από τον προσφέροντα για την επιχειρηματική μονάδα που θα κατασκευαστούν τα υπό προμήθεια είδη καθώς και για τον τόπο εγκατάστασής της, και η υποβολή υπεύθυνης δήλωσής του 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, ενώ στην περίπτωση του ενδιάμεσου προσώπου απαιτείται υποβολή δήλωσης του προσφέροντος, ότι το ενδιάμεσο πρόσωπο έχει αποδεχθεί έναντί του την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, εφ' όσον όμως η εξουσία του ενδιάμεσου προσώπου να δεσμεύει, με δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου του, τον κατασκευαστή οίκο, πιστοποιείται από στοιχεία, υποβαλλόμενα με την προσφορά, επί ποινή απαραδέκτου αυτής (ΣτΕ Ολ 1212/2007, ΣτΕ 3889/2002, ΣτΕ ΕΑ 14/2004, ΓΝΜΔ ΝΣΔ 399/2008). Επομένως, στην περίπτωση προμήθειας των προσφερόμενων ειδών μέσω εμπορικού αντιπροσώπου, που λειτουργεί ως διανομέας των προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου, κρίσιμα στοιχεία αποτελούν αφενός η δήλωση του προσφέροντα ότι ο αποκλειστικός διανομέας έχει δεσμευθεί ως προς την προμήθεια των προσφερόμενων ειδών και αφετέρου επίσημα έγγραφα που αποδεικνύουν τη σχέση αντιπροσώπευσης μεταξύ διανομέα και κατασκευαστικού οίκου.

25. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, κρίνεται ως μη νόμιμος ο προσβαλλόμενος όρος 7 της διακήρυξης στο μέτρο που αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται τα

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο αποκλειστικό διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών, ακόμα κι αν η σχέση εμπορικής αντιπροσώπευσης ήταν ενεργή σε πρότερο χρόνο και συνεπώς ο διαγωνιζόμενος, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, έχει ήδη προμηθευτεί και επομένως διαθέτει σε στοκ τα απαιτούμενα ανταλλακτικά, εφόσον ο διαγωνιζόμενος είναι σε θέση να αποδείξει εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του προμηθευτή του - αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο, ανεξαρτήτως του χρόνου που έλαβε χώρα η προμήθεια των ανταλλακτικών. Και τούτο διότι, εάν ήθελε υποθεθεί ότι, κατά την έννοια του προσβαλλόμενου με αριθ. 7 όρου, τα ζητούμενα σε στοκ ανταλλακτικά που υποχρεούνται να προσφέρουν οι διαγωνιζόμενοι κατά την παροχή των υπηρεσιών τους, αποκλείεται να προέρχονται από τα ήδη σε στοκ ανταλλακτικά που διαθέτουν οι ίδιοι, τούτο θα έπρεπε να διευκρινίζεται ρητά στους όρους της διακήρυξης, προσδιορίζοντας περαιτέρω τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα των ανταλλακτικών, αλλά και καθιστώντας σαφείς τους λόγους για τους οποίους τυχόν ανταλλακτικά που ο διαγωνιζόμενος διαθέτει ήδη σε στοκ δε δύναται να χρησιμοποιηθούν καταλλήλως για τις υπό ανάθεση υπηρεσίες συντήρησης. Αντιθέτως, στο μέτρο που τα προσφερόμενα εκ μέρους των διαγωνιζομένων ανταλλακτικά, ανεξάρτητα εάν προέρχονται από τυχόν προηγούμενες παρτίδες ανταλλακτικών που είχαν ήδη προμηθευτεί οι διαγωνιζόμενοι, συμβαδίζουν ως προς τα χαρακτηριστικά τους γνωρίσματα με τα ζητούμενα στη διακήρυξη και εξυπηρετούν πλήρως τις ανάγκες συντήρησης του ιατρικού εξοπλισμού, νομίμως προσφέρονται από τους διαγωνιζόμενους, υπό την προϋπόθεση ότι οι διαγωνιζόμενοι είναι σε θέση να αποδείξουν εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του εκάστοτε προμηθευτή τους – αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο.

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

26. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο με αριθ. 16 όρο της διακήρυξης, ο οποίος ομοίως περιέχεται στην παράγραφο II με τίτλο «Γενικοί Όροι Λειτουργίας του Αναδόχου Συντήρησης» του Παραρτήματος II αυτής, απαιτείται οι διαγωνιζόμενοι να παρέχουν υπηρεσίες διορθώσεων, τροποποιήσεων, ανακλήσεων σύμφωνα με το σύστημα διασφάλισης ποιότητας του εργοστασίου κατασκευής των μηχανημάτων όπως και τις οδηγίες των ελληνικών και ευρωπαϊκών κανονιστικών αρχών, όταν εξουσιοδοτημένοι προς τούτο από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης ή από τον ίδιο τον κατασκευαστή. Ο προσβαλλόμενος όρος, αν και τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση υπηρεσίας, φέρεται να συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, για τους λόγους που ήδη εκτέθηκαν στις σκέψεις 12-16 της παρούσας. Παρόλα αυτά, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει με σαφήνεια και πληρότητα τις αιτιάσεις ακύρωσης του εν λόγω όρου, αλλά εστιάζει κυρίως με την προσφυγή της να αποσαφηνίσει, άλλως να ερμηνεύσει κατά το επιθυμητό το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου όρου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά την έννοια του ως άνω όρου, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να αποδεικνύουν ότι είναι πιστοποιημένοι κατά ISO 13485 και ISO 9001, προσκομίζοντας τις σχετικές πιστοποιήσεις, απαίτηση η οποία, και πάλι κατά τους ισχυρισμούς της, ήδη επικαλύπτεται από τον όρο 3 της ίδιας παραγράφου. Με τα δεδομένα αυτά, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατατείνουν κυρίως στην ερμηνεία του προσβαλλόμενου όρου, χωρίς να προσδιορίζουν τις αιτιάσεις ακύρωσής του, με αποτέλεσμα ο σχετικός λόγος ακύρωσης να μην προβάλλεται με ορισμένο τρόπο.

27. Επειδή, τούτων δοθέντων, οι προσβαλλόμενοι ως άνω με αριθ. 14 και 15 όροι της επίμαχης διακήρυξης, αν και χαρακτηρίζονται ως τεχνικές προδιαγραφές, συνιστούν συγκεκριμένα κριτήρια

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων αναδόχων. Εξάλλου, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση «Λιανάκης», εξετάζοντας το ζήτημα της επικάλυψης μεταξύ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής συνδέονται ουσιωδώς με την αξιολόγηση της ικανότητας του προσφέροντα να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΚ C-532/2006, Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης, ΣΤΕ 137/2012), στοιχείο το οποίο συντρέχει στην περίπτωση των προσβαλλόμενων ως άνω όρων για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω. Ενόψει τούτου, οι ως άνω όροι τίθενται παρανόμως διότι προς απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, το οποίο υποκρύπτουν, δε γίνεται επίκληση στα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, και κατ' επέκταση το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντιθέτως χρησιμοποιούνται προϋποθέσεις και μέσα απόδειξης που τίθενται κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, ο προσβαλλόμενος με αριθ. 7 όρος της διακήρυξης κρίνεται ως μη νόμιμος, στο μέτρο που αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται τα προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο αποκλειστικό διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών, εφόσον οι διαγωνιζόμενοι είναι σε θέση να αποδεικνύουν εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του προμηθευτή τους-αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο.

28. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την υπό κρίση προσφυγή.

Ακυρώνει τους προσβαλλόμενους με αριθ. 7, 14 και 15 όρους που αναγράφονται στο Παράρτημα ΙΙ της με αριθ./08-09-2017 Διακήρυξης, στο Τμήμα με Τίτλο «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές που πρέπει να ισχύουν για οποιαδήποτε συντήρηση συμπεριλαμβάνεται στην παρούσα διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου για τη συντήρηση, τεχνική υποστήριξη και λειτουργία ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του νοσοκομείου» και στην παράγραφο ΙΙ με τίτλο «Γενικοί Όροι Λειτουργίας του Αναδόχου Συντήρησης», με τους οποίους ορίζεται στον με αριθ. 7 όρο ότι : «7. Για όλα τα ζητούμενα ανταλλακτικά τα οποία υποχρεούνται ο συμμετέχων να τα έχει σε στοκ, να προσκομίστουν επίσημα έγγραφα προμήθειας από τους κατασκευαστικούς οίκους των αντίστοιχων μηχανημάτων», στο με αριθ. 14 όρο ότι : «14. Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ εταιρεία υποχρεούται να διαθέτει στην Ελλάδα μόνιμα κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό με πιστοποιητικό εκπαίδευσης (σε όλα τα ιατρικά μηχανήματα της διακήρυξης) και εξουσιοδότησης αυτού από τον κατασκευαστικό οίκο για την συντήρηση του συγκεκριμένου τύπου μηχανημάτων» και στο με αριθ. 15 όρο ότι : «15. Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ υποχρεώνεται να προβεί στην αναβάθμιση του λογισμικού λειτουργίας των ιατρικών μηχανημάτων στην τελευταία έκδοση τους από τον κατασκευαστικό οίκο και να βεβαιώνει τη δυνατότητα αναβάθμισης λογισμικού των ιατρικών μηχανημάτων όταν αυτά είναι διαθέσιμα. Να πιστοποιείται με αντίστοιχη βεβαίωση του οίκου», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 124 /2017

Ορίζει την επιστροφή στην Προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 01 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 9 Νοεμβρίου 2017.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου