

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 09 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:, Ιωάννης Κίτσος - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος – Εισηγητής, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 03.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1488/04-12-2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», με έδρα στην ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ “.....” .....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

και της με αριθ. ..../2019 Διακήρυξης Δημόσιου Διαγωνισμού με Ανοικτή Ηλεκτρονική Διαδικασία για Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης εξοπλισμού ακτινογραφίας.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να τροποποιηθεί / διαγραφεί η σχετική απαίτηση της υπ’ αρ. ..../2019 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής από διαγωνιζόμενες εταιρείες, περί προσκόμισης βεβαίωσης από τους οίκους κατασκευής, η οποία θα αφορά στον υπάρχοντα και λειτουργούντα εξοπλισμό, με την οποία θα βεβαιώνεται από τους κατασκευαστικούς οίκους, ότι ο συντηρητής είναι εξουσιοδοτημένος και πιστοποιημένος για την απαιτούμενη συντήρηση και πιθανή αναβάθμιση αν αυτή απαιτηθεί καθώς και για την παροχή γνήσιων ανταλλακτικών (όρος 2.2.4 και 2.2.9.1.).

**Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....).

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

2. Επειδή με την με αριθ. 20/2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός, με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/16, με αντικείμενο σύμβασης την ανάδειξη αναδόχου για «Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης εξοπλισμού ακτινογραφίας» CPV ..... για το ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ «.....» ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της προσφερόμενης τιμής Το εκτιμώμενο ποσό των ανωτέρω υπηρεσιών ανέρχεται συνολικά στο ύψος των 116.725,88 € (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ) + ΦΠΑ 24% (ΦΠΑ : 28.014,21 €) = 144.740,09 € (προϋπολογισμός συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), και θα καλύψουν τις ανάγκες του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ «.....»..... για ένα (1) έτος.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη το δε πλήρες κείμενο αυτής δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 08.11.2019 όπου έλαβε ΑΔΑΜ ..... και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα όπου ο διαγωνισμός έλαβε τον αριθμό Συστήματος .....

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση την 03.12.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 08.11.2019 και β) ότι η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) ότι κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 03.12.2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 04.12.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή η προσφυγή, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, 363, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 5, 8 παρ. 1, 2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017 και κατόπιν της με αριθ. 1863/2019 πράξης του Προέδρου

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου, αντίστοιχα «περί ορισμού εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την άσκηση της προσφυγής, στρέφεται κατά των όρων 2.2.4. και 2.2.9.1 της διακήρυξης που αφορά σε καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας

9. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

10. Επειδή, στον όρο 2.2.4 (σελ. 20) της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο των προς παροχή υπηρεσιών, ήτοι παροχή Υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης ιατρικού εξοπλισμού και εξοπλισμού ακριβείας (BIT) (CPV .....). Ειδικότερα απαιτείται να διαθέτουν:... στ) Να κατατεθεί πρόσφατη πρωτότυπη βεβαίωση (φωτοτυπία δεν γίνεται δεκτή) από τους οίκους κατασκευής, που αφορούν τον υπάρχοντα και λειτουργούντα σήμερα εξοπλισμό όπου θα βεβαιώνεται από τους κατασκευαστικούς οίκους, ότι ο συντηρητής είναι εξουσιοδοτημένος και πιστοποιημένος για την απαιτούμενη συντήρηση και πιθανή αναβάθμιση αν αυτή απαιτηθεί καθώς και για την παροχή γνήσιων ανταλλακτικών». Περαιτέρω στον όρο 2.2.9.1 (σελ. 22) προβλέπεται ότι «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα, Παράρτημα II, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986».

11. Επειδή, στον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι «[...]Σύμφωνα με τους παραπάνω όρους, λοιπόν, οι συμμετέχοντες καλούνται, στα πλαίσια της προσφοράς τους, να καταθέσουν πρόσφατη πρωτότυπη βεβαίωση από τους σχετικούς ιδιωτικούς οίκους κατασκευής, η οποία θα αφορά στον υπάρχοντα και λειτουργούντα εξοπλισμό, με την οποία θα βεβαιώνεται από τους κατασκευαστικούς οίκους, ότι ο συντηρητής είναι εξουσιοδοτημένος και πιστοποιημένος για την απαιτούμενη συντήρηση και πιθανή αναβάθμιση αν αυτή απαιτηθεί καθώς και για την παροχή γνήσιων ανταλλακτικών. Ωστόσο, οι εν λόγω όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν καταφανώς την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς εισάγουν απαγορεύσεις, περιορισμούς και διακρίσεις που είναι αθέμιτες, αφού νοθεύουν μη νόμιμα τον ανταγωνισμό. Αντιθέτως, η διακήρυξη θα έπρεπε να θέτει τεχνικές προδιαγραφές που επιτρέπουν τη συμμετοχή σε όλες τις εταιρείες που πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια, δηλαδή με κάποιο αντικειμενικό ποιοτικό ή ποσοτικό κριτήριο. Στα πλαίσια, μάλιστα, των παραπάνω αρχών, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να απέχουν από τυχόν απαιτήσεις το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του απαιτούμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης, καθώς και από τυχόν απαιτήσεις ο υποψήφιος ανάδοχος να είναι συμβεβλημένος υποχρεωτικά με τον ιδιωτικό φορέα / κατασκευαστή των υπό συντήρηση μηχανημάτων ως επίσημος αντιπρόσωπος - συντηρητής των μηχανημάτων αυτών. Και τούτο διότι, τέτοιου είδους απαιτήσεις αποδεικτικών μέσων υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά το μέρος δε που η κριθείσα τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου απαιτείται να πιστοποιείται μόνον με βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου του εξοπλισμού, το αποδεικτικό αυτό μέσο τίθεται κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, καθώς η αναθέτουσα αρχή 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 δεν συνδέονται αποκλειστικά με τον κατασκευαστικό οίκο του συντηρούμενου ιατρικού εξοπλισμού, όπως για παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

παρόμοιων υπηρεσιών με τις υπό ανάθεση. Άλλωστε, με την τυχόν επιλογή τέτοιων αποδεικτικών μέσων, αποκλείονται εκ των προτέρων άλλοι τρόποι απόδειξης της τεχνικής ικανότητας και 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, τα οποία και είναι αναγκαία, κατάλληλα και πρόσφορα προς τούτο μέσα σύμφωνα και με το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο. Πολλώ δε μάλλον, κατά την πάγια κρίση της ΑΕΠΠ , οι εν λόγω απαιτήσεις είναι αντίθετες από τα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 Ν. 4412/2016 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 124/2017, 157/2017, 503/2018). Η απαίτηση τέτοιας βεβαίωσης δε από κατασκευάστρια εταιρεία, η οποία και είναι τυχόν διαγωνιζόμενη στον σχετικό διαγωνισμό, παραβιάζει κατάφωρα, όχι μόνο την νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων (εσωτερικού δικαίου αλλά και κοινοτικού δικαίου), αλλά και τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού.»

12. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, ..... και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...].»

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις τις ισχυρίζεται ότι «Έχουν ληφθεί υπόψη όλα τα κριτήρια των άρθρων 75 & 86 του Ν. 4412/2016 και σε καμία περίπτωση δεν παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας, αντικειμενικότητας, αναλογικότητας και του υγιούς αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Αντιθέτως, σε κάθε περίπτωση οι παραπάνω αρχές προστατεύονται πλήρως με την εν λόγω διακήρυξη (αριθ. Διακ. ..../2019, ΑΔΑ: ....., ΑΔΑΜ: .....) όπως προστατεύονται επίσης οι αρχές της διασφάλισης και προστασίας της Δημόσιας Υγείας του Δημοσίου συμφέροντος και της άσκησης χρηστής διοίκησης. Το κριτήριο της συμφερότερης προσφοράς βάσει ποιότητας/τιμής συνιστά εκ του νόμου και δη

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

ρητής διάταξης του αρ. 86 παρ. 2 Ν.4412/2016, προβλεπόμενο εναλλακτικό κριτήριο ανάθεσης, καταλειπόμενης της τυχόν επιλογής του στην ανέλεγκτη σχετική κρίση και ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, κατά το αρ. 86 Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «1... οι αναθέτουσες αρχές βασίζουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. 2... Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους- αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή/και κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης». Εξάλλου, (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Κατευθυντήριες Οδηγίες 11 και 13), οι όροι επιλογής ή αποκλεισμού των διαγωνιζομένων καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης πρέπει απαραίτητως να αναφέρονται εκ των προτέρων και με σαφήνεια στην ίδια τη διακήρυξη του διαγωνισμού, να βασίζονται σε αντικειμενικά κριτήρια που εξασφαλίζουν την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της αποφυγής των διακρίσεων, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της αρχής της αντικειμενικότητας. Θα πρέπει να εγγυώνται την αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, να συνεχονται με το συμβατικό αντικείμενο και να μην είναι ιδιαίτερα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού τους, προκειμένου να διευρύνεται ο κύκλος των υποψηφίων. Επίσης στο πλαίσιο εφαρμογής του ως άνω νόμου, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια λήψης υπόψη και άλλων κριτηρίων ανάθεσης πλην αποκλειστικά του κόστους και δύνανται να συνεκτιμώνται ως κριτήρια ανάθεσης και στοιχεία που αφορούν αισθητικά, λειτουργικά και περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά του συμβατικού αντικειμένου.».

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήση του, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, 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 ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές,

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

δεδομένου ότι από την 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 τεχνικές προδιαγραφές 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, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : .....ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την...τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων...ιε) ....τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 ....ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 54 του ν. 4412/2016 «Οι τεχνικές προδιαγραφές ....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 ....υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.....2. 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

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

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, 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. ... 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. »22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 παρ. 1 περ. α) του ν. 4412/2016 «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις : α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης...και στα έγγραφα της σύμβασης...».23. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...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 εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους ... Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της



## Αριθμός απόφασης: 112/2020

αποτελεσματικότητας και της αξιοπιστίας τους.. [...] »

17. Επειδή, στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» ν. 4412/2016, 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 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 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». Σύμφωνα δε με το Μέρος II με τον τίτλο «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα», του Παραρτήματος XII με τον τίτλο «Αποδεικτικά Μέσα για τα Κριτήρια Επιλογής» του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 : «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: ... β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, .... δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού ....που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης·...»

18. 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 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 II του Παραρτήματος XII 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).

19. Επειδή, από το περιεχόμενο της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13/2016 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκύπτει ότι, κατά τις αντίστοιχες διατάξεις της πρώην ισχύουσας

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

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 πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων.

20. Επειδή με την υπ' αριθμ. 54/2018 απόφαση του ΣτΕ ΕΑ Β' Τμήμα (Πρότυπη Δίκη) εκρίθη ότι " η αναθέτουσα αρχή οφείλει, καταρχήν, να συμμορφωθεί προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία, άλλωστε, δεσμεύει και την ίδια την ΑΕΠΠ, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος, στο οποίο βασίσθηκε η απόφαση της ΑΕΠΠ, κατά τρόπο ώστε, υπό το νέο εφαρμοστέο καθεστώς, να είναι παράνομη η έκδοση πράξης ή η συντέλεση της οφειλόμενης ενέργειας, σύμφωνα με τα κριθέντα από την ΑΕΠΠ".

21. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο όρο 2.2.4 της σχετικής διακήρυξης αποτυπώνεται η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής ο συντηρητής του υπάρχοντος και λειτουργούντος εξοπλισμού να είναι εξουσιοδοτημένος και πιστοποιημένος για την απαιτούμενη συντήρηση και πιθανή αναβάθμιση καθώς και για την παροχή γνήσιων ανταλλακτικών. 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 και στην ανάλογη συντήρηση αυτού.. 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

## **Αριθμός απόφασης: 112/2020**

γνώση της αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του ιατρικού εξοπλισμού στην τελευταία του έκδοση και συντήρησή του, και όχι ως χαρακτηριστικό που σχετίζεται αμιγώς με την υπό ανάθεση υπηρεσία συντήρησης.

22. 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εν προκειμένω, κατά το μέρος που η κριθείσα τεχνική ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του συντηρούμενου εξοπλισμού καθώς και η συντήρηση αυτού 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 παρόμοιων υπηρεσιών αντίστοιχου εξοπλισμού, πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου.

23. Επειδή, με τον όρο 2.2.4 της διακήρυξης, απαιτείται προς απόδειξη της φερόμενης ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, ο υποψήφιος ανάδοχος να φέρει πιστοποιητικό εκπαίδευσης και να είναι εξουσιοδοτημένος για την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης και αναβάθμισης 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εν προκειμένω, η απαίτηση το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο

## Αριθμός απόφασης: 112/2020

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.

24. Επειδή, τούτων δοθέντων, ο προσβαλλόμενος ως άνω 2.2.4 όρος της επίμαχης διακήρυξης, αν και χαρακτηρίζεται ως τεχνική προδιαγραφή, συνιστά συγκεκριμένο κριτήριο 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 ουσιαδώς 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 του προσβαλλόμενου ως άνω όρου για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω. Ενόψει τούτου, ο ως άνω όρος τίθεται 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 II του Παραρτήματος XII 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 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. Συνεπώς ο προσβαλλόμενος, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω όρος τυγχάνει ακυρωτέος.

## **Αριθμός απόφασης: 112/2020**

25. Επειδή, σε κάθε περίπτωση δεν προκύπτει κατά την κρίση του Κλιμακίου ότι έχει συντελεστεί ουσιώδης μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει την υπό εξέταση υπόθεση, ούτε των πραγματικών περιστατικών ώστε να αποστεί η κρίση του Κλιμακίου απ' όσα έγιναν δεκτά, επί ταυτόσημων και ομοειδών περιπτώσεων με την παρούσα, με τις αποφάσεις υπ' αριθμ. 124/2017 και 503/2018 της ΑΕΠΠ.

26. Επειδή, πρέπει να γίνει μνεία ότι η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου απόψεις της, δεν προχώρησε σε καμία τεκμηρίωση σχετικά με το αν ο υπό συντήρηση και τυχόν αναβάθμιση ιατρικός εξοπλισμός είναι υψηλής και εξειδικευμένης τεχνολογίας, ούτως ώστε να απαιτείται τυχόν πιστοποίηση του συντηρητή από τον κατασκευαστικό οίκο του εξοπλισμού αυτού. Επομένως το κρίνον Κλιμάκιο δεν μπορεί να γνωρίζει εάν όντως ο υπό συντήρηση και τυχόν αναβάθμιση ιατρικός εξοπλισμός είναι υψηλής και εξειδικευμένης τεχνολογίας ώστε η συντήρησή του να χρήζει πιστοποίησης και εξουσιοδότησης από τον κατασκευαστικό οίκο αυτού.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

28. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τους υπ' αριθμ. 2.2.4 και 2.2.9.1 όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης με αριθμό ...../2019 σύμφωνα με τα κριθέντα στις σχετικές σκέψεις της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 600,00 ευρώ με κωδικό ..... στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε την 29 Ιανουαρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή**