

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 1-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1329/1-11-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του τμήματος 1 για την Προμήθεια Υποσυστήματος για τη Διαχείριση των Εργαστηριακών Εξετάσεων (LIS) της διακήρυξης με αρ. για ηλεκτρονικό ανοιχτό διαγωνισμό για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΟΓΙΣΜΙΚΩΝ ΥΠΟΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ (LIS) ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΣΗΛΕΥΟΜΕΝΩΝ ΑΣΘΕΝΩΝ-ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΦΑΚΕΛΟ ΑΣΘΕΝΩΝ (EMR), συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της διακήρυξης 87.000 ευρώ και εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας του τμήματος 1 που αφορά η προσφυγή 40.000,00 ευρώ, η οποία διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 17-10-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α (όσον αφορά το επίδικο τμήμα 1).

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 600,00 ευρώ), πληρώθηκε δε δια του από 4-11-2019 εμβάσματος της τράπεζας, ήτοι σε κάθε περίπτωση εντός της προθεσμίας προς άσκηση της προσφυγής, η οποία εκτεινόταν έως και την 11-11-2019 (κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, από την 9-11-2019) κατόπιν της από 30-10-2019 εκ του προσφεύγοντος δηλούμενης γνώσης της προσβαλλομένης διακήρυξης.

2. Επειδή, με την από 1-11-2019 προσφυγή του, που συμπληρώθηκε μετά του αποδεικτικού καταβολής του παραβόλου την 4-11-2019, ο προσφεύγων εμπροθέσμως κατόπιν της από 30-10-2019 δηλούμενης εξ αυτού γνώσης της προσβαλλομένης (χρόνος σε κάθε περίπτωση εμπίπτων εντός του παράγοντος τεκμήριο πλήρους γνώσης, κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ διαστήματος), αιτείται την ακύρωση του τμήματος 1 της ως άνω διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ και ενώ ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό για το ως άνω τμήμα 1, με επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα όσων προβάλλει με την προσφυγή του, σύμφωνα με την από 8-11-2019 οικεία υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του που επισυνάφθηκε στην προσφορά. Ο δε προσφεύγων ειδικότερα προβάλλει ότι μη νομίμως ελλείπει από τη διακήρυξη η τεκμηρίωση σκοπιμότητας της προμήθειας και του οφέλους που αναμένεται από αυτή και ότι ο όρος 2.2.6 περί κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και η οικεία παράγραφος στο Παράρτημα Ι, που ορίζουν ότι ο προσφέρων θα πρέπει «*Να είναι σε θέση να αποδείξει το υψηλό επίπεδο τεχνογνωσίας και κατάρτισης των στελεχών της και την οργανωτική της δεινότητα: - Σε θέματα που αφορούν κρίσιμες λειτουργίες εφαρμογών (διασύνδεση αναλυτών, η λειτουργία των εφαρμογών, αιτήματα υποστήριξης)* να μην έχει εκκρεμή ζητήματα πέραν του

έτους, σε παραγωγική εγκατάσταση σε προηγούμενες εγκαταστάσεις του ή αλλού με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης - Σε θέματα που αφορούν την ορθή εγκατάσταση παραγωγικών εγκαταστάσεων (βλ. θεμελιώδεις αστοχίες λειτουργίας βάσεων δεδομένων *running a Database in NOARCHIVELOG Mode*) με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης.», ως και ο ο Πίνακας συμμόρφωσης - Απαιτήσεις για τον κατασκευαστή του λογισμικού (σελ. 41 της Διακήρυξης) όπου αναφέρεται ότι «*Η επιχείρηση δεν έχει εκκρεμή ζητήματα διασύνδεσης αναλυτών ή αδιάλειπτης λειτουργίας εφαρμογών (>30 λεπτών συνεχόμενου downtime) για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο του ενός έτους σε προηγούμενες εγκαταστάσεις εντός του ή αλλού – NAI*» και «*Η επιχείρηση δεν έχει ιστορικό παραγωγικών εγκαταστάσεων με θεμελιώσεις αστοχίες λειτουργίας βάσεων δεδομένων (running a Database in NOARCHIVELOG Mode) – NAI*», έχουν τεθεί κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας του ν. 4412/2016 και κάθε άλλου συναφούς νομοθετήματος και παραβιάζουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης ή τη απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Με τις δε από 8-11-2019 Απόψεις της, η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής. Επομένως, η προσφυγή είναι περαιτέρω εξεταστέα κατά την ουσία και το περιεχόμενο των οικείων ισχυρισμών της, εξέταση εκ της οποίας θα προκύψει εξάλλου και το τυχόν έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος προς έκαστο ανωτέρω ισχυρισμό του και κατ' αποτέλεσμα και εν όλω ως προς την προσφυγή.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί έλλειψης τεκμηρίωσης της σκοπιμότητας της σύμβασης, αυτός καταρχάς προβάλλεται αορίστως και είναι ανεπίδεκτος νομικής και ουσιαστικής εκτίμησης, αφού δεν προκύπτει σε τι ακριβώς έγκειται η αμφισβήτηση του προσφεύγοντος, δεδομένου ότι κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης και όσον αφορά το τμήμα 1 «*Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια Λογισμικών Υποσυστημάτων για τη διαχείριση των εργαστηριακών εξετάσεων (LIS) και των νοσηλευόμενων ασθενών – Ηλεκτρονικό Φάκελο Ασθενών (EMR). 1. Α.Α Συστήματος: –*

Προμήθεια Υποσυστήματος για τη Διαχείριση των Εργαστηριακών Εξετάσεων (LIS) με συνολικό προϋπολογισμό 40.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α (49.600,00€)» και άρα, σκοπός της υπό ανάθεση σύμβασης για το τμήμα 1 είναι προδήλως η προμήθεια τέτοιου υποσυστήματος διαχείρισης εργαστηριακών εξετάσεων, χωρίς εξάλλου η αναθέτουσα να υποχρεούται να επεξηγήσει για ποιο λόγο επιθυμεί να προβεί σε τέτοια προμήθεια. Εξάλλου, σύμφωνα με όσα έχουν παγίως κριθεί (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 167/2018) η αναθέτουσα έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια ως προς τον προσδιορισμό και διάρθρωση των αναγκών της και την επιλογή των εν γένει μέσων με τα οποία θα τις καλύψει, όπως και για την καταρχήν θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των μέσων αυτών, ελεγχόμενη η ευχέρεια αυτή μόνο ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της και τούτο όσον αφορά τυχόν παραβίαση των διατάξεων νόμου που τη διέπουν και κυρίως των αρχών του άρ. 18 Ν. 4412/2016 (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 238/2017 και 49/2018). Επομένως, η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υπεισέλθει σε έλεγχο σκοπιμότητας των όρων της διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον του αντικειμένου αυτής, καθώς τούτο θα συνιστούσε εκ μέρους της υπέρβαση αρμοδιότητας και υπεισέλευση στην αρμοδιότητα και την οικεία ευχέρεια της αναθέτουσας. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση, ο ως άνω ισχυρισμός προβάλλεται και άνευ εννόμου συμφέροντος και σε κάθε περίπτωση όλως αορίστως επί του εννόμου αυτού συμφέροντος και δη της βλάβης που επάγεται για τον προσφεύγοντα ειδικώς, η τυχόν έλλειψη σκοπιμότητας και ελλείψεως οφέλους από την αναθέτουσα, αφού ούτε αυτός επικαλείται ούτε προκύπτει σε τι βλάπτεται, ενώ εξάλλου, καθ' ο μέρος προβάλλει το τυχόν άσκοπο και μη επωφελές για την αναθέτουσα της υπό ανάθεση σύμβασης, προεχόντως προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου και άρα, άνευ προσωπικού εννόμου συμφέροντος του ίδιου του προσφεύγοντος, το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής του οποίου, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 καλύπτει μόνο πράξεις και παραλείψεις που τον βλάπτουν και διακινδυνεύουν τον ίδιο και όχι προς έλεγχο της εν γένει νομιμότητας και σκοπιμότητας της τυχόν διαδικασίας. Περαιτέρω, ούτε η ιδιότητα του προσφεύγοντος ως ήδη προμηθευτή πληροφοριακών προγραμμάτων στην

αναθέτουσα ούτε το δικαίωμα του να μετάσχει στον διαγωνισμό συγκροτούν οιαδήποτε δυνητική έστω, βλάβη στο πρόσωπο του σε σχέση με τη για την αναθέτουσα σκοπιμότητα προκήρυξης του συμβατικού αντικειμένου ούτε του παρέχουν το δικαίωμα να ελέγχει τη σκοπιμότητα και το δημόσιο συμφέρον που προάγεται από την οικεία σύμβαση, ενώ εξάλλου τα όποια δικαιώματα που τυχόν έχει ως εκ της ιδιότητας του ως νυν αναδόχου της αναθέτουσας στο πλαίσιο εκτελούμενης σύμβασης, αν αυτή εισέτι εκτελείται, συνιστούν διαφορά ξένη με την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ και το δια του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 δικαίωμα προδικαστικής προστασίας που ανάγεται αποκλειστικά στην προστασία οικονομικών φορέων που επιδιώκουν να αναλάβουν συγκεκριμένη υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση και δη προς προστασία ακριβώς αυτής της εκ μέρους τους επιδίωξης από πράξεις ή παραλείψεις του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης της οικείας σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, ουδόλως προκύπτει, ακόμη και αν η τυχόν υπό ανάθεση σύμβαση δεν συνεπάγεται όφελος για την αναθέτουσα, ότι ο προσφεύγων, ως εκ τούτου, εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά και να την αναλάβει, να αποκλείεται ή να δυσχεραίνεται ουσιωδώς ως προς την προσφορά του, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται χρήζουσα προστασίας βλάβη του ιδίου. Περαιτέρω, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί του ότι αληθής σκοπός της προκείμενης διαδικασίας είναι να τον υποκαταστήσει και να τον αποκλείσει από το έργο που έχει ήδη αναλάβει, εκτός του ότι προβάλλονται αορίστως και αναπόδεικτα, σε κάθε περίπτωση συνιστούν διαφορές αναδόχου εκ συμβάσεως και όχι ενδιαφερομένου προς ανάληψη υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης και άρα, σε κάθε περίπτωση δεν υπάγονται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ούτε συνιστούν παραδεκτό περιεχόμενο προδικαστικής προσφυγής κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, κάθε αναθέτουσα έχει την ανέλεγκτη ευχέρεια, όπως η ίδια επιλέξει, προσδιορίσει και περιγράψει κατά τη δική της αποκλειστικά εκτίμηση και κρίση τις ανάγκες που επιδιώκει να καλύψει δια δημοσίας σύμβασης κατ' ενάσκηση της αρμοδιότητας της προς επιδίωξη του σκοπού της, χωρίς η ευχέρεια αυτή να είναι δυνατόν να ελεγχθεί και ενώ η ΑΕΠΠ ουδόλως έχει προς τούτο αρμοδιότητα, αφού δεν συνιστά κατά νόμο έργο της, και δη ούτε στο πλαίσιο

εξέτασης προδικαστικής προσφυγής, ο έλεγχος σκοπιμότητας των διακηρύξεων αναθετουσών αρχών. Επομένως, για όλους τους ανωτέρω λόγους, απαραδέκτως προβάλλεται ο ως άνω πρώτος ισχυρισμός της προσφυγής. Επιπλέον, ουδόλως υφίσταται κανόνας που επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές και δη επί ποινή ακυρότητας της οικείας κανονιστικής πράξης της διακήρυξης, να αιτιολογούν και δη πανηγυρικά και δια περιγραφής στο σώμα της διακήρυξης τη σκοπιμότητα της υπό ανάθεση σύμβαση και να προβαίνουν σε ανάλυση οφέλους δι' αυτής, τα οικεία δε στοιχεία ουδόλως περιλαμβάνονται στα κατ'άρ. 53 και 65 Ν. 4412/2016 υποχρεωτικά στοιχεία περιεχομένου των εγγράφων της σύμβασης, παρά μόνο επιβάλλεται μεταξύ άλλων και κατ'άρ. 53 παρ. 2 περ. ε' η ακριβής περιγραφή του φυσικού αντικείμενου, που εν προκειμένω υφίσταται χωρίς τούτο να αμφισβητείται, χωρίς περαιτέρω ανάγκη αιτιολόγησης γιατί επελέγη το συγκεκριμένο προς προμήθεια αντικείμενο και μάλιστα χωρίς καν ανάγκη αιτιολογίας στο σώμα των εγγράφων της σύμβασης ούτε των επιμέρους ζητούμενων προδιαγραφών. Συνεπώς, ο ως άνω ισχυρισμός εκτός από अपαράδεκτος και δη ως αορίστως προβαλλόμενος και λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος είναι και αβάσιμος.

4. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί όρων που ανάγονται σε μη εκκρεμότητες επί κρίσιμων λειτουργιών εφαρμογών και σε μη εκκρεμή ζητήματα διασύνδεσης αναλυτών ή αδιάλειπτης λειτουργίας εφαρμογών, ως και σε μη παρελθούσες θεμελιώδεις αστοχίες λειτουργίας βάσεων δεδομένων, αυτός προβάλλεται προεχόντως άνευ εννόμου συμφέροντος και δη όλως αορίστως ως προς το άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος από το περιεχόμενο των όρων αυτών και τη βλάβη την οποία εις βάρος του επάγονται. Αντίθετα, η γενικόλογη επίκληση του ότι δι' αυτών υφίσταται βλάβη διότι ενδέχεται να απορριφθεί η προσφορά του, κατ'αποτέλεσμα της διατύπωσης του, λόγω του ότι είναι ήδη ανάδοχος της νυν αναθέτουσας ουδόλως συγκροτεί τέτοιο έννομο συμφέρον, αφού ο προσφεύγων ουδόλως επικαλείται ότι δεν πληροί τους ως άνω όρους ούτε στοιχειοθετεί συγκεκριμένη ερμηνεία αυτών που θα επιφέρει

τον αποκλεισμό του και τούτο, ενώ οι οικείοι ισχυρισμοί του προβάλλονται όλως υποθετικώς και αορίστως. Και τούτο διότι οσάκις ο προσφεύγων επικαλείται ότι βλάπτεται (βλ. σελ 12 και 14 της προσφυγής) από τους όρους της διακήρυξης, ουδόλως στοιχειοθετεί τη βλάβη αυτή ισχυριζόμενος ότι οι όροι αυτοί τον αποκλείουν ευθέως ή του στερούν τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό, ούτε συνομολογεί ότι δεν πληροί ή ότι δεν θα ήταν δυνατόν να πληροί τους κρίσιμους όρους. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης ορίζει ότι «Ο κατασκευαστής του λογισμικού θα πρέπει να συγκεντρώνει κάποιες ελάχιστες προϋποθέσεις εμπειρίας, τεχνογνωσίας, και επάρκειας στελεχιακού δυναμικού και να μπορεί να αποδεικνύει την συμμόρφωσή του με τις απαιτήσεις μέσα από συγκεκριμένα στοιχεία τεκμηρίωσης. Οι προϋποθέσεις αυτές αφορούν στην συναφή επαγγελματική δραστηριότητα και στην τεχνική και επαγγελματική του επάρκεια. Επιπλέον, για την τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, ο κατασκευαστής θα πρέπει να διαθέτει: πιστοποιημένη, επαγγελματική μεθοδολογία για την διασφάλιση της ποιότητας του επιπέδου των προσφερόμενων υπηρεσιών στον τομέα της Πληροφορικής και ειδικότερα στην ανάπτυξη και υποστήριξη πληροφοριακών συστημάτων και προϊόντων λογισμικού. Η πιστοποίηση αυτή θα πρέπει να τεκμηριώνεται με κατοχή πιστοποιητικού ISO-9001:2008 ή ισοδυνάμου. Οργανωτικές μονάδες (Τμήματα, Μονάδες, Υπηρεσίες) με αρμοδιότητα την Διαχείριση Έργων, την Ανάπτυξη Εφαρμογών Πληροφορικής και την Τεχνική Υποστήριξη Συστημάτων Πληροφορικής, ή ισοδύναμες δομές με αρμοδιότητες που στηρίζουν τις παραπάνω διεργασίες του κύκλου ζωής ενός Έργου πληροφορικής Τέλος, για την τεκμηρίωση της ειδικής επαγγελματικής του ικανότητας να εξελίσσει και να υποστηρίζει το λογισμικό του θα πρέπει: Να είναι σε θέση να παρουσιάσει διαζώσης και εκ του σύνεγγυς κρίσιμες λειτουργίες του λογισμικού. Να αποδεικνύει την καλή λειτουργία του λογισμικού του με πρόσφατες – εντός τριετίας – βεβαιώσεις από τουλάχιστον ένα Δημόσιο ή Ιδιωτικό Νοσοκομείο. Αν το προσφερόμενο λογισμικό δεν χρησιμοποιεί τις υποδομές των υφιστάμενων πληροφοριακών συστημάτων Διοικητικο-Οικονομικό σύστημα (ERP) και

Υποσύστημα Διαχείρισης Ασθενών (Δ.Α.) του νοσοκομείου, να είναι σε θέση να τεκμηριώσει το απαιτούμενο επίπεδο διαλειτουργικότητας με αυτά σύμφωνα με τα διεθνώς αναγνωρισμένα πρωτόκολλα διαλειτουργικότητας και πρακτικές. Να είναι σε θέση να αποδείξει το υψηλό επίπεδο τεχνογνωσίας και κατάρτισης των στελεχών της και την οργανωτική της δεινότητα: Σε θέματα που αφορούν κρίσιμες λειτουργίες εφαρμογών (διασύνδεση αναλυτών, η λειτουργία των εφαρμογών, αιτήματα υποστήριξης) να μην έχει εκκρεμή ζητήματα πέραν του έτους, σε παραγωγική εγκατάσταση σε προηγούμενες εγκαταστάσεις του ή αλλού με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης. Σε θέματα που αφορούν την ορθή εγκατάσταση παραγωγικών εγκαταστάσεων (βλ. θεμελιώδεις αστοχίες λειτουργίας βάσεων δεδομένων *running a Database in NOARCHIVELOG Mode*) με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης...», ενώ κατά τον συνημμένο στη διακήρυξη ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ και δη το μέρος αυτού περί ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΗ ΤΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων τα πεδία 7 και 8 με τις εξής οικείες απαιτήσεις «7. Η επιχείρηση δεν έχει εκκρεμή ζητήματα διασύνδεσης αναλυτών ή αδιάλειπτης λειτουργίας εφαρμογών (>30 λεπτών συνεχόμενου downtime) για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο του ενός έτους σε προηγούμενες εγκαταστάσεις εντός του ή αλλού: ΝΑΙ. 8. Η επιχείρηση δεν έχει ιστορικό παραγωγικών εγκαταστάσεων με θεμελιώδεις αστοχίες λειτουργίας βάσεων δεδομένων (*running a Database in NOARCHIVELOG Mode*): ΝΑΙ.». Εξάλλου, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης περί κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αναφέρει ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν όλα τα σχετικά με αυτήν, όπως ορίζονται στους όρους του Κεφαλαίου I του Παραρτήματος I της παρούσας» και άρα, ρητά παραπέμπει και ούτως καθιστά κριτήρια επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας τα ως άνω ζητούμενα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ I περί μη εκκρεμών ζητημάτων διασύνδεσης αναλυτών ή αδιάλειπτης λειτουργίας εφαρμογών και περί μη ιστορικού θεμελιωδών αστοχιών λειτουργίας βάσεων δεδομένων, τα οποία εξάλλου σύμφωνα και με τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β3 και τον ως άνω Πίνακα Συμμόρφωσης, πληρούνται δια

της υποβολής με την προσφορά των οικείων οριζομένων στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, ήτοι με συμπλήρωση της απάντησης «ΝΑΙ» στις οικείες απαιτήσεις του Πίνακα Συμμόρφωσης και με υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί πλήρωσης τους, ως επαρκές δικαιολογητικό απόδειξης συνδρομής τους. Εξάλλου, ο προσφεύγων ουδόλως προβάλλει ότι τυχόν εμποδίζεται να υποβάλει τις οικείες υπεύθυνες δηλώσεις ή ότι ειδικώς το ζήτημα της απαίτηση αυτών ήδη με την προσφορά δυσχεραίνει τη συμμετοχή του. Σε κάθε περίπτωση, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η αναθέτουσα στο πλαίσιο θέσπισης κριτηρίων επιλογής περί διασφάλισης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου και στο πλαίσιο εύλογης απαίτησης της για εξασφάλιση εχεγγύων επάρκειας, τεχνικής φερεγγυότητας και ιστορικού αυτού περί έντεχνης και σε κάθε περίπτωση μη προβληματικής εκτέλεσης συμβάσεων με αντίστοιχο αντικείμενο, ζήτησε δια απλών υπευθύνων δηλώσεων και ως μέσο απόδειξης ελάχιστης επαρκούς τεχνογνωσίας και δεξιότητας, την έλλειψη προηγηθέντων ή εισέτι εκκρεμών προβλημάτων στη λειτουργία εφαρμογών σχετικών με την επίδικη σύμβαση, ως και την έλλειψη προηγηθεισών σοβαρών αστοχιών. Η δε αναφορά της διακήρυξης σε έλλειψη προηγηθεισών σοβαρών αστοχιών με αποδέκτη των υπηρεσιών το ουδόλως καθιστά τον όρο προβληματικό ως διότι ο οικείος όρος συμπληρώνεται με τη φράση «ή αλλού» (βλ. σελ 35 της διακήρυξης «*Να είναι σε θέση να αποδείξει το υψηλό επίπεδο τεχνογνωσίας και κατάρτισης των στελεχών της και την οργανωτική της δεινότητα σε θέματα που αφορούν κρίσιμες λειτουργίες εφαρμογών (διασύνδεση αναλυτών, η λειτουργία των εφαρμογών, αιτήματα υποστήριξης) να μην έχει εκκρεμή ζητήματα πέραν του έτους, σε παραγωγική εγκατάσταση σε προηγούμενες εγκαταστάσεις του ή αλλού με την προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης [...]»).*

Οι παραπάνω δε απαιτήσεις προκύπτουν ως εύλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι την εξασφάλιση ελάχιστης επαρκούς τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και φερεγγυότητας του αναδόχου, συνέχονται δε και με άλλες αντιστοίχου σκοπού απαιτήσεις περί διασφάλισης ποιότητας και κατοχής οικείων πιστοποιήσεων και επαρκών οργανωτικών δομών του

προσφέροντος, ως και δια καλής εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων, αλλά και παρουσίασης δια ζώσης της λειτουργίας του υπό προμήθεια λογισμικού, όροι που όλοι συντείνουν στον κοινό σκοπό της εξασφάλισης εχεγγύων τεχνικής αξιοπιστίας και δεξιοτεχνίας. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις είναι και σύμφωνες με το άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι *«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...»* και τούτο διότι αφενός συνέχονται με την απόδειξη εμπειρίας, τεχνικής και οργανωτικής ικανότητας και πόρων για την ποιοτική εκτέλεση της σύμβασης, ένδειξη της οποίας προφανώς είναι η έλλειψη σχετικών προβλημάτων σε προηγούμενες αντίστοιχες συμβάσεις, αφετέρου, διότι η απόδειξη μη προβληματικής προηγούμενης απόδοσης σε πρότερες συμβάσεις και κατ' αποτέλεσμα της ελλείψεως αρνητικής προηγούμενης εμπειρίας συνιστά ζητούμενο και αποδεικτικό μέσο, αντίστοιχο και παράλληλο με την απόδειξη καλής εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων, ήτοι κτήσης θετικής προηγούμενης εμπειρίας. Ουδόλως δε εμποδίζεται η αναθέτουσα, αντί ή παράλληλα με την απαίτηση για προηγουμένως εκτελεσθείσες αντίστοιχες συμβάσεις και βεβαιώσεις καλής, ορθής και έντεχνης εκτέλεσης αυτών, να ζητά και (κατ' αρνητικό δηλαδή, τρόπο) την έλλειψη αστοχιών και προβλημάτων κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, ζήτημα που εξάλλου ομοίως συνδέεται και με τη διασφάλιση οργανωτικής ικανότητας και επάρκειας, επαρκών τεχνικών πόρων και ποιοτικής διαχείρισης. Εξάλλου, τούτο προκύπτει και εκ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 κατά το Μέρος II στοιχ. β' αυτού, αναφέρεται ως ενδεικτικό αποδεικτικό μέσο των κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρ. 75 παρ. 4, ο κατάλογος προηγούμενων παραδόσεων, εκ του οποίου η αναθέτουσα

δύναται να κρίνει, ελέγχοντας εξάλλου και περαιτέρω, είτε δια διευκρινίσεων είτε και αυτεπαγγέλτως δια επικοινωνιών της με τους προηγούμενους αντισυμβαλλομένους του προσφέροντος, την καλή ή μη εκτέλεση των συμβάσεων που δηλώνει ως εμπειρία του και άρα, ως εκ του μείζονος το έλασσον, προδήλως προκύπτει ότι συννόμως δύναται η αναθέτουσα να ζητά δήλωση των μετεχόντων περί απουσίας αστοχιών, προβληματικής εκτέλεσης και δυσλειτουργιών σε αντιστοίχου αντικειμένου προηγούμενες παραδόσεις και συμβάσεις. Εξάλλου, κατ' άρ.73 παρ. 4 περ. στ' και θ' Ν. 4412/2016 θεσπίζεται και ως ειδικός λόγος αποκλεισμού τόσο η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της σύμβασης ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, όσο και το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στις εν γένει επαγγελματικές δραστηριότητες του οικονομικού φορέα (λόγοι αποκλεισμού που ενσωματώθηκαν και στην προκείμενη διακήρυξη κατά τον όρο 2.2.3.4 περ. στ' και θ' αυτής), διάταξη εκ της οποίας επιρρωνύεται ότι προφανώς, η προηγούμενη προβληματική εκτέλεση από οικονομικό φορέα σύμβασης δύναται, υπό προϋποθέσεις να επιφέρει τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του και σε κάθε περίπτωση καταδεικνύει το παραδεκτό και σύμφωνο με τον Ν. 4412/2016 και την αρχή της αναλογικότητας σε σχέση και με τη διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος, της απαίτησης για απουσία προηγούμενης αρνητικής απόδοσης σε εκτέλεση αντιστοίχων συμβάσεων. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενοι όροι πρώτον, διατυπώθηκαν κατ' ενιαίο και γενικό τρόπο σε σχέση με κάθε δυνητικό μετέχοντα, χωρίς να είναι δυνατόν να κριθεί ότι ατομικώς και ειδικώς βλάπτουν τον προσφεύγοντα, ενώ αντίστοιχα επιτρέπουν τη συμμετοχή άλλων οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις τους, δεύτερον, ουδόλως εξειδίκευσαν σε προηγούμενες αστοχίες ή προβλήματα διασύνδεσης ή αδιάλειπτης λειτουργίας σε σχέση με σύμβαση που εκτελείται ή εν γένει αφορά ειδικώς τη συγκεκριμένη αναθέτουσα, αλλά τέθηκαν γενικώς σε σχέση με την αναθέτουσα ή άλλον οιονδήποτε συμβαλλόμενο και σε κάθε περίπτωση γενικώς για τις οικείες συμβατικές σχέσεις των προσφερόντων, ενώ τρίτον, σε κάθε περίπτωση η περί ελλείψεως

εκκρεμοτήτων διασύνδεσης ή προβλημάτων στην αδιάλειπτη λειτουργία απαίτηση, τέθηκε με τρόπο που αφορά μακροχρόνια τέτοια προβληματική κατάσταση και δη υπερβαίνουσα το ένα έτος και μάλιστα, εξειδικεύθηκε ως προς την αδιάλειπτη λειτουργία, ότι ως οικείο πρόβλημα νοείται αυτό που διαρκεί άνω των 30 λεπτών συνεχόμενης μη διαθεσιμότητας εφαρμογών («downtime»), ενώ η περί ελλείψεως αστοχιών λειτουργίας βάσεων δεδομένων απαίτηση αφορά την απουσία θεμελιωδών και μόνο αστοχιών και όχι κάθε εν γένει προβλήματος λειτουργίας και άρα, το αντικείμενο των απαιτήσεων που τέθηκαν αφορά σοβαρά και διαρκή προβλήματα και όχι κάθε είδους περιστασιακό, συμπτωματικό ή επουσιώδες ζήτημα ελλειμματικής λειτουργίας και απόδοσης. Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, οι ως άνω απαιτήσεις προκύπτει ότι τελούν σε σχέση αναλογίας ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό διασφάλισης αξιοπιστίας και τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, χωρίς να βαίνουν πέραν του ευλόγου και εξάλλου, έχουν γενικό και καθολικό χαρακτήρα ως προς κάθε μετέχοντα, χωρίς να θέτουν ατομικό κανόνα αποκλεισμού του προσφεύγοντος ή εν γένει συγκεκριμένου προσφέροντος και χωρίς να επιτρέπουν κατά περίπτωση διαφορετική ερμηνεία ανά προσφέροντα. Επιπλέον, όλως αορίστως ο προσφεύγων που φέρει εξάλλου το βάρος στοιχειοθέτησης και προβολής ορισμένων και συγκεκριμένων ισχυρισμών κατ' άρ. 360 παρ. 1 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αιτιάται τη μη αντικειμενικότητα των ως άνω όρων και τον κίνδυνο άνισης και διακριτικής μεταχείρισης, αφού οι ως άνω όροι, σε αντίθεση με όσα επικαλείται, διατυπώθηκαν με αντικειμενικά κριτήρια, αποσυνδεδεμένοι από την κατ' ανάγκη συμβατική σχέση του οικονομικού φορέα με την ίδια την αναθέτουσα και σε κάθε περίπτωση με γενικό τρόπο και σε σχέση με την εν γένει επαγγελματική δραστηριότητα των διαγωνιζομένων. Επιπλέον, η έννοια των εκκρεμοτήτων που πρέπει να αφορά η δήλωση απουσίας τους, συγκεκριμενοποιείται κατά σαφή τρόπο (χωρίς αμφισημία ή περιθώριο, τουλάχιστον εκ διατύπωσης του όρου κατά το περιεχόμενο του, για αντιφατικές και αυθαίρετες ερμηνείες) από τη διακήρυξη, αφού αφορούν «*εκκρεμή ζητήματα διασύνδεσης αναλυτών ή αδιάλειπτης λειτουργίας εφαρμογών*» και όχι κάθε εν γένει «εκκρεμότητα» και πρόβλημα

εντός της σύμβασης και περαιτέρω. Ομοίως σαφής είναι η αναφορά σε «αναλυτές», αφού ευλόγως προκύπτει στην ηλεκτρονική διασύνδεση αναλυτών εργαστηριακών εξετάσεων κάθε είδους, αλλά και η απαίτηση αυτά να μην διαρκούν για διάστημα άνω του ενός έτους, ενώ ομοίως είναι σαφές ότι ως εφαρμογές νοούνται κάθε είδους εφαρμογές λογισμικού που παρέχει σε αντισυμβαλλόμενο ο οικονομικός φορέας σε σχέση με τις *«κρίσιμες λειτουργίες εφαρμογών (διασύνδεση αναλυτών, η λειτουργία των εφαρμογών, αιτήματα υποστήριξης)»*, όπως οι οικείοι όροι με σαφήνεια προσδιορίζουν και τούτο ευλόγως, αφού η οικεία μη αδιάλειπτη λειτουργία τέτοιου είδους εφαρμογών συνιστά αντικειμενικό και αναλογικό μέτρο ως προς τη διασφάλιση της αναθέτουσας, σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση που αφορά προμήθεια λογισμικού και άρα, κάθε έντονη και διαρκής οικεία προβληματική εγκατάσταση και λειτουργία κάθε εν γένει λογισμικού συνιστά εύλογη απόδειξη ελλιπούς τεχνικής ικανότητας. Περαιτέρω, όχι μόνο δεν είναι ασαφής, αλλά αντιθέτως είναι και αρκούντως αποσαφηνιστική και συγκεκριμενοποιεί τον κύκλο της έννοιας των εκκρεμών ζητημάτων, ελάχιστης διάρκειας άνω του ενός έτους, που θα πρέπει να απουσιάζουν, η αναφορά σε *«κρίσιμες λειτουργίες εφαρμογών (διασύνδεση αναλυτών, η λειτουργία των εφαρμογών, αιτήματα υποστήριξης)»*, επί των οποίων ο οικονομικός φορέας θα πρέπει *«να μην έχει εκκρεμή ζητήματα πέραν του έτους»*, αφού ούτως επεξηγείται ότι τα θέματα που συνιστούν κρίσιμη εκκρεμότητα ανάγονται σε προβλήματα διασύνδεσης αναλυτών, λειτουργίας των εφαρμογών και μη εξυπηρετηθέντων ή επιλυθέντων ικανοποιητικά αιτημάτων υποστήριξης. Επιπλέον, όπως σαφής είναι και η έννοια της *«αδιάλειπτης λειτουργίας»* και δη όπως προσδιορίζεται από τους ανωτέρω όρους, ήτοι συγκεκριμένα ως αυτή που δεν διακόπτεται από μη διαθεσιμότητα για χρόνο άνω των 30 συνεχόμενων λεπτών κάθε φορά. Κατ' άρ. 67 παρ. 2 Ν. 4412/2016, εξάλλου, ορίζεται ότι *«Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, οι αναθέτουσες αρχές παρέχουν σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές και οποιαδήποτε σχετικά δικαιολογητικά, το αργότερο έξι ημέρες πριν από τη λήξη της προθεσμίας που*

έχει οριστεί για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, όπως αναφέρεται στην παρ. 3 του άρθρου 27 και στην παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία αυτή ανέρχεται σε τέσσερις (4) ημέρες.», ο δε προσφεύγων, παρότι κατά τα ανωτέρω επικαλείται ασάφειες της διακήρυξης, ουδόλως προκύπτει ότι ζήτησε διευκρινίσεις από την αναθέτουσα ή ότι τυχόν αυτές δεν παρασχέθηκαν από την τελευταία και άρα, απαραδέκτως προβάλλει τους οικείους περί ασάφειας ισχυρισμούς του. Περαιτέρω, η σύνδεση της θεμελιώδους αστοχίας βάσεων δεδομένων με έλλειψη τεχνικής ικανότητας, ομοίως είναι εύλογη και τούτο δεν αίρεται από την ανά περίπτωση παραμετροποίηση, που σε κάθε περίπτωση συνιστά εύλογο αντικείμενο εργασιών του αναδόχου κάθε αντίστοιχης σύμβασης, αλλά και σε κάθε περίπτωση ζήτημα που συνέχεται σε εύλογο βαθμό με την ποιότητα των εφαρμογών και την έντεχνη εγκατάστασή τους και τούτο ανεξαρτήτως διαχείρισης τους από τον παραλήπτη των υπηρεσιών. Εξάλλου, αν σε συγκεκριμένη περίπτωση βάση δεδομένων ή λογισμικό και εφαρμογή εμφάνισε αστοχία, μη διαθεσιμότητα και δυσλειτουργία, για λόγους μη αναγόμενους στον ίδιο τον προσφέροντα, αλλά εξ υπαιτιότητας του χρήστη, τότε το ζήτημα αυτό δεν υπάγεται στο «ιστορικό» επαγγελματικής του δραστηριότητας ούτε σε δικά του «εκκρεμή ζητήματα» ούτε προκύπτει ότι οι οικείοι όροι, εφόσον εφαρμοστούν ορθώς και κατά το γράμμα τους από την αναθέτουσα, διακινδυνεύουν τον αποκλεισμό συνεπή σε προηγούμενες συμβάσεις του οικονομικού φορέα, εκ συμβάντων που ουδεμία σχέση με τη δική του σφαίρα ευθύνης ως παρόχου των οικείων υπηρεσιών και αγαθών, έχουν. Και τούτο ενώ και πάλι αορίστως αναφέρεται σε δυσλειτουργίες και εκκρεμότητες που «άπτονται πολλών παραγόντων που δεν αποτελούν ευθύνη» του λογισμικού ή του ίδιου και ενώ, σε κάθε περίπτωση μόνο του το γεγονός ότι η προβληματική απόδοση ενός προϊόντος και υπηρεσίας σε προηγούμενη σύμβαση τυχόν ανάγεται σε γεγονότα εκτός σφαίρας ευθύνης του παρέχοντος αυτό, δεν συνεπάγεται εκ των προτέρων την ακαταλληλότητα της απαίτησης για απουσία τέτοιων δυσλειτουργιών (οι οποίες στις περιπτώσεις εξάλλου που επικαλείται αορίστως ο προσφεύγων ως μη αφορώσες τη σφαίρα ευθύνης του ως παρόχου

δεν συνιστούν δικά του εκκρεμή ζητήματα και ιστορικό) ως εύλογο κριτήριο διάγνωσης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω, ο προσφεύγων σε κάθε περίπτωση προβαίνει σε υποθέσεις μελλοντικής εσφαλμένης και διακριτικής εις βάρος του ερμηνείας των ως άνω όρων, το ζήτημα όμως αυτό εκτός από μελλοντικό και υποθετικό, δεν συνδέεται με το περιεχόμενο των όρων αυτών, αλλά με τυχόν εσφαλμένη εφαρμογή τους κατά την αξιολόγηση, από την οποία όμως, σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων θα προστατεύεται κατά τον τότε χρόνο (εφόσον όντως λάβει χώρα τέτοια εις βάρος του εφαρμογή των όρων αυτών και δη κατ' εσφαλμένο τρόπο και τούτο αναλόγως περίπτωσης και συγκεκριμένων γεγονότων που θα συγκροτήσουν την τότε εφαρμογή των όρων αυτών), χωρίς πάντως, να δύνανται να κριθούν προληπτικά και δη, να ακυρωθούν οι ως άνω σαφείς και καταρχήν εύλογοι όροι, δια του μόνου λόγου πεποίθησης και υπόθεσης του προσφεύγοντος περί εσφαλμένης εις βάρος του μελλοντικής εφαρμογής τους. Κατ' αποτέλεσμα όλων των παραπάνω, αφενός, όσα ο προσφεύγων, κατά τις ανωτέρω αιτιάσεις του, αναφέρει, δεν συγκροτούν συγκεκριμένα και ορισμένα επικαλούμενο λόγο ουσιώδους δυσχέρειας συμμετοχής του, αφού εξάλλου ουδόλως αυτός εξηγεί προς τι και με ποιον τυχόν τρόπο οι ανωτέρω όροι διακινδυνεύουν την προσφορά του και βάσει ποιων συνθηκών, και άρα, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και επομένως απαραδέκτως, αφετέρου προβάλλονται και αβασίμως. Επομένως, ο ως άνω δεύτερος ισχυρισμός της προσφυγής είναι απορριπτέος για κάθε επιμέρους αιτίαση του.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-12-2019 και εκδόθηκε στις 23-12-2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ