

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη (δυνάμει της υπ' αριθμ. 167/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2033/27.10.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην, οδός ..., αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη άλλως οι θιγόμενοι με την προσφυγή όροι.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 800,90 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 27.10.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπερβαίνει κατά 200,90 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας των ειδών της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προσφυγή. Επομένως, επί του ποσού των 91.309,05 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία των ειδών με α/α 3, 4, 5, 12, 16, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 27, 31, 32, 33 και 34 της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προσφυγή το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 600 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (200,90 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής του.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ προσβαλλόμενη Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «.....», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 198.622,02 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 39 είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη και για το σύνολο της ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 13.10.2021 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

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

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 27.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13.10.2021, ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 20.10.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 29.10.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 27..... Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 11.11.2021 τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 16.11.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι,

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα της εμπορίας ιατροτεχνολογικών προϊόντων και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό για τα είδη με α/α 3, 4, 5, 12, 16, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 27, 31, 32, 33 και 34, λόγω όμως των προσβαλλόμενων όρων αδυνατεί να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά.

13. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τα άρθρα 54, 76 και 80 του ν. 4412/2016, ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « ...Με τον υπό κρίση όρο απαιτείται μεταξύ άλλων η κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού του προμηθευτή σύμφωνα με τα πρότυπα του κατασκευαστικού οίκου, η οποία και θα πρέπει να αποδεικνύεται με την κατάθεση των αντίστοιχων εγγράφων του κατασκευαστικού οίκου.

Εν προκειμένω, το κριτήριο της κατάλληλης εκπαίδευσης του προσωπικού του προμηθευτή αφορά στην τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, ήτοι με τον ανωτέρω όρο απαιτείται στοιχείο που συνδέεται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου και όχι με την ίδια την προμήθεια, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση προμήθειας, αλλά να συνιστά προφανώς κριτήριο ποιοτικής επιλογής που σχετίζεται με την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου. Με άλλα λόγια, η προσβαλλόμενη απαίτηση αν και τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή κατ' ουσίαν αφορά στην επιθυμητή τεχνική ικανότητα του υποψηφίου. Ως εκ τούτου, κατ' εφαρμογή των ισχυουσών ως άνω διατάξεων, θα πρέπει να επιλέγονται και τα αντίστοιχα, κατάλληλα και ανάλογα μέσα από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προς απόδειξη αυτής.

Πλην όμως στην προκειμένη περίπτωση :

ουδόλως επιλέχθηκε κάποιο μέσο από τα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ σε κάθε περίπτωση το επιλεγέν μέσο δεν είναι ούτε κατάλληλο, ούτε ανάλογο καθόσον η απαίτηση ο υποψήφιος ανάδοχος να διαθέτει προσωπικό εκπαιδευμένο για την καθοδήγηση/παρουσίαση των προμηθευόμενων ειδών στους χρήστες τους καθώς και για την υποστήριξη αυτών στα χειρουργεία, της εκπαίδευσης μάλιστα αποδεικνυόμενης με έγγραφα του κατασκευαστικού

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

οίκου [στην ουσία δηλαδή ζητείται σχετική πιστοποίηση - δήλωση του κατασκευαστή περί επάρκειας της εκπαίδευσης], υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας του υποψήφιου αναδόχου σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, για το λόγο ότι αφενός η χρήση των υπό προμήθεια προϊόντων γίνεται, ούτως ή άλλως, από εξειδικευμένο ιατρικό προσωπικό, αλλά και αφετέρου για το λόγο ότι με τον ως άνω όρο αποκλείονται εκ των προτέρων άλλα μέσα προς απόδειξη ότι ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει εκπαιδευμένο προσωπικό για την καθοδήγηση και υποστήριξη των χρηστών των υπό προμήθεια προϊόντων (ΑΕΠΠ 406/2018, 124/2017). Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί ότι τα προς προμήθεια υλικά είναι αναλώσιμα χειρουργείου, ευρέως και συνεχώς χρησιμοποιούμενα από εξειδικευμένους χειρουργούς και κατ' υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο να τίθεται ως όρος η τεχνική υποστήριξη σε τέτοια υλικά

Δεύτερος λόγος ακυρότητας όρου

Η απαίτηση περί επιτόπου παροχής τεχνικής υποστήριξης, όταν αυτό ζητηθεί, παραβιάζει ευθέως και κατάφορα τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθόσον ο προσβαλλόμενος όρος έχει ως συνέπεια να καθίστανται επιλέξιμες μόνο οι προσφορές αναδόχων που έχουν είτε την έδρα τους είτε υποκατάστημα στα [είτε στην ευρύτερη περιοχή] και επομένως έχουν τη δυνατότητα να διαθέτουν άμεσα και κάθε φορά που ζητηθεί επί τόπου τεχνική υποστήριξη.

Σε κάθε περίπτωση με τον όρο αυτόν η αναθέτουσα αρχή δημιουργεί δυσμενή διάκριση σε βάρος συμμετεχόντων που δεν εδρεύουν και δεν έχουν υποκατάστημα και ως εκ τούτου προσωπικό στην έδρα της αναθέτουσας αρχής, είτε στην ευρύτερη περιοχή, καθόσον οι τελευταίοι θα πρέπει να υπολογίσουν στην οικονομική προσφορά τους και το κόστος μεταβάσεων του προσωπικού τους στην έδρα της αναθέτουσας αρχής, ενώ δεν καθίσταται καν σαφές από τη διακήρυξη πόσες φορές θα πρέπει να παρασχεθεί τεχνική υποστήριξη. Είναι σαφές ότι με τη διακήρυξη δεν απαιτείται η παροχή τεχνικής υποστήριξης άπαξ, για παράδειγμα με την παράδοση της πρώτης παρτίδας,

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

καθόσον αν η αναθέτουσα ήθελε παροχή οδηγιών χρήσης και τεχνικής βοήθειας άπαξ, θα το είχε αναφέρει ρητά και συγκεκριμένα.

II.2 ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

[...] Η παροχή οδηγιών για την αποθήκευση και τον χειρισμό των προμηθευόμενων ειδών είναι νόμιμος κατά το μέρος που η σχετική απαίτηση καλύπτεται από την προσκόμιση των σχετικών prospectus και τεχνικών φυλλαδίων του εκάστοτε οίκου.

Πλην όμως ο ανωτέρω όρος είναι μη νόμιμος καθ' ο μέρος απαιτεί να αποδεικνύεται από έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου ότι ο εκάστοτε ανάδοχος θα ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας ή προϊόντος, ότι υφίσταται η δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα καθώς και ότι ο εκάστοτε ανάδοχος δύναται να ενημερώνει άμεσα το Νοσοκομείο σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας. Ειδικότερα :

Πρώτος λόγος ακυρότητας

Για τους λόγους που αναλύθηκαν ανωτέρω και ο προκείμενος όρος υποκρύπτει προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής και κατ' επέκταση, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, δέον όπως επιλέγονται και τα αντίστοιχα κατάλληλα και ανάλογα μέσα προς απόδειξη της σχετικής απαίτησης από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Εν προκειμένω, η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να αποδεικνύεται αποκλειστικά από έγγραφα του κατασκευαστή α) η δυνατότητα του αναδόχου για ενημέρωση σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας προϊόντος και η δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα καθώς και β) η δυνατότητα του αναδόχου να ενημερώνει άμεσα σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας, σαφώς υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής του ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, καθόσον αποκλείει εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης :

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

της δυνατότητας ενημέρωσης σε περίπτωση ανάκλησης και σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας, όπως για παράδειγμα μέσω α) σχετικής δήλωσης του ίδιου του προμηθευτή, β) κατάθεσης βεβαίωσης διανομέα [Υ.Α.ΔΥ8δ/Γ.Π. οικ./1348/2004 - ΦΕΚ 32/Β/16-1- 2004] από την οποία να προκύπτει ότι ο ανάδοχος τηρεί τις Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων, γ) αναφοράς μοναδικού κωδικού αριθμού ΕΟΦ από τον οποίο προκύπτει ότι ο εκάστοτε ανάδοχος έχει υποβάλει το προσφερόμενο προϊόν στον ΕΟΦ, ο οποίος έχει εγκρίνει τα σχετικά έγγραφα κυκλοφορίας και διανομής του, ήτοι εγγράφων που δύνανται ικανοποιητικώς και κατά τρόπο ισοδύναμο να αποδείξουν την πλήρωση της ανωτέρω απαίτησης. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονιστεί και να ληφθεί υπόψη Σας ότι στην ΥΑ ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648 ΦΕΚ Β 2198 2009 Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων [άρθρα 8, 10 και 14β] ορίζονται συγκεκριμένες διαδικασίες που διενεργούνται από τον ΕΟΦ που αφορούν την απόσυρση προϊόντων και τις πληροφορίες για τα περιστατικά που συμβαίνουν μετά τη θέση στην αγορά. Συνεπώς, από τη στιγμή που υφίσταται αρμόδιος φορέας, ήτοι ο ΕΟΦ, που λαμβάνει συγκεκριμένα μέτρα σε περίπτωση ανάκλησης προϊόντος, η σχετική απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να αποδεικνύεται η δυνατότητα ενημέρωσης για τυχόν ανάκληση παρτίδας και για τη λήψη διορθωτικών μέτρων ασφαλείας μόνο από τον κατασκευαστή τυγχάνει προφανώς μη νόμιμη.

της δυνατότητας αναπλήρωσης, καθόσον στερεί από τον ανάδοχο τη δυνατότητα να αναπληρώσει με προϊόντα που έχει ήδη σε απόθεμα ο ίδιος, χωρίς δηλαδή να χρειαστεί να μεσολαβήσει ο κατασκευαστικός οίκος και κατ' επέκταση χωρίς να χρειάζεται σχετική δήλωση του κατασκευαστικού οίκου.

Δεύτερος λόγος ακυρότητας

Ο τιθέμενος στη διακήρυξη αποκλειστικός τρόπος απόδειξης των αιτούμενων απαιτήσεων, ήτοι μόνο μέσω σχετικών εγγράφων του κατασκευαστή, τα οποία προφανώς είναι σχετικές δηλώσεις - βεβαιώσεις του κατασκευαστή ότι αναλαμβάνει την υποχρέωση να ενημερώσει τον ανάδοχο σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας προϊόντος και σε περίπτωση έκδοσης

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας καθώς και ότι εξασφαλίζει τη δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα, υποκρύπτει στην ουσία επαναφορά της ήδη καταργηθείσης υπεύθυνης δήλωση του άρθρου 94 παρ. 5 του Ν.4412/2016, ως ίσχυε προ της κατάργησής της με το άρθρο 36 Ν.4782/2021.[...]

Ήδη, δυνάμει του άρθρου 36 του Ν.4782/2021, η ανωτέρω διάταξη έχει τροποποιηθεί, καταργώντας την διάκριση μεταξύ προμηθευτών που παράγουν το προσφερόμενο προϊόν και των προμηθευτών που το εμπορεύονται καθώς και την υποχρέωση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης προς την αναθέτουσα αρχή από τους προμηθευτές που δεν παράγουν το προσφερόμενο προϊόν.

Η τροποποίηση αυτή έλαβε χώρα προς τον σκοπό εξάλειψης των φαινομένων τεχνητής μείωσης του ανταγωνισμού στις περιπτώσεις προμηθειών, κυρίως ιατροτεχνολογικού χαρακτήρα, στις περιπτώσεις που συγκεκριμένα αγαθά διατίθενται στην εγχώρια αγορά μέσω αποκλειστικού αντιπροσώπου εταιριών παραγωγής που έχουν έδρα στο εξωτερικό, στοιχείο το οποίο προκύπτει ευκρινώς από την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 36 του Ν. 4782/2021 [...]

Σκοπός του νομοθέτη με τη νέα διάταξη είναι ακριβώς η εξάλειψη πρακτικών εκ μέρους της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής που αποσκοπούν στον περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων προμηθευτών και οι οποίες κατατείνουν στην αισθητή μείωση του ανταγωνισμού και στην παραβίαση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό.

Εν προκειμένω με τον υπό κρίση όρο εισάγεται από την αναθέτουσα αρχή η απαίτηση της ρητής και έγγραφης αποδοχής εκ μέρους του κατασκευαστή της αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα σε περίπτωση τυχόν ανάκλησης παρτίδας ή προϊόντος, καθώς και της ρητής και έγγραφης αποδοχής εκ μέρους του κατασκευαστή της υποχρέωσης παροχής ενημέρωσης στον προμηθευτή σε περίπτωση ανάκλησης παρτίδας ή προϊόντος και σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας, αντί της αποδοχής εκτέλεσης της προμήθειας που ήδη καταργήθηκε.

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

Πλην όμως με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ακριβώς η ίδια διάκριση που ο νομοθέτης θέλησε να εξαλείψει με τη κατάργηση της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης για τους λόγους που αναφέρονται στην ανωτέρω αιτιολογική έκθεση. Ως εκ τούτου ο ανωτέρω όρος πρέπει να ακυρωθεί, καθόσον εισάγει στην ουσία καθεστώς που ο ίδιος ο νομοθέτης αποδοκίμασε ως αντίθετο με τις αρχές της ισότητας και του υγιούς ανταγωνισμού. Ο ανωτέρω δε όρος είναι σαφές ότι δημιουργεί διάκριση μεταξύ άλλων και υπέρ των αποκλειστικών αντιπροσώπων κατασκευαστικών οίκων του εξωτερικού, οι οποίοι και δύναται να λάβουν από τον εκάστοτε κατασκευαστικό οίκο τις σχετικές έγγραφες δηλώσεις - δεσμεύσεις, σε αντίθεση με τους προμηθευτές οι οποίοι είτε δεν τυγχάνουν αποκλειστικοί αντιπρόσωποι είτε δεν έχουν τη δυνατότητα αυτή. Σε κάθε περίπτωση με τον τρόπο αυτό είναι σαν να δίνεται η δυνατότητα στον εκάστοτε κατασκευαστή να επιλέξει σε ποιον προμηθευτή – διανομέα των ειδών του θα κατακυρωθεί η προμήθεια, καθόσον ο εκάστοτε κατασκευαστής μπορεί να χορηγήσει τις σχετικές απαιτούμενες από τη διακήρυξη έγγραφες δηλώσεις – διαβεβαιώσεις κατά το δοκούν, με αποτέλεσμα να περιορίζεται υπέρμετρα ο κύκλος των υποψηφίων αναδόχων κατά παράβαση των αρχών της ισότητας και του υγιούς ανταγωνισμού.

II.3 ΤΡΙΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Στον όρο 1.2 της διακήρυξης αναφέρεται ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοιχτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016.

Επίσης στο άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης ορίζεται ότι τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών.

[...] Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση της ανωτέρω διάταξης όρισε τον χρόνο υποβολής προσφορών σε προθεσμία 15 ημερών από την δημοσίευση της διακήρυξης χωρίς να συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 1 του ανωτέρω άρθρου και χωρίς να τεκμηριώνεται στη διακήρυξη περίπτωση επείγουσας κατάστασης. Τα ανωτέρω καθιστούν τη διακήρυξη μη νόμιμη αυτοτελώς αλλά και σε συνδυασμό με τον προαναφερθέντα όρο 2.1.3 της διακήρυξης καθόσον παραβιάζονται οι αρχές της ισότητας και των υγιούς ανταγωνισμού δεδομένου ότι δημιουργείται διάκριση σε βάρος των

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

υποψηφίων που έλαβαν γνώση της υπό κρίση διακήρυξης μετά την 19.10.2021 καθόσον οι εν λόγω υποψήφιοι στερήθηκαν της δυνατότητας υποβολής αιτημάτων παροχής διευκρινίσεων».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα κάτωθι : «...Εν προκειμένω οι ως άνω προδιαγραφές βρίσκουν νόμιμο έρεισμα στις διατάξεις των άρθρων 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 42 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ, σύμφωνα με τις οποίες οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται πέραν των άλλων και με αναφορά σε επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις.

Ως εκ τούτου εν προκειμένω τα ζητούμενα αντίστοιχα έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου διασφαλίζουν ασφαλή κατασκευή, συσκευασία, διανομή, αποθήκευση και χειρισμό των υπό προμήθεια ειδών , συνθήκες τις οποίες οφείλει να γνωρίζει κάθε προμηθεύτρια εταιρεία στα πλαίσια της σχέσης εμπορικής συνεργασίας που διατηρεί με την κατασκευάστρια εταιρεία των εκάστοτε προσφερόμενων ειδών και για το λόγο αυτό ο προβαλλόμενος όρος τίθεται νομίμως.

Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι μη νόμιμοι, διότι δεν είναι αδικαιολόγητη η δυσμενής μεταχείριση οικονομικών φορέων που δεν διαθέτουν κατάλληλο προσωπικό, ή που δεν μπορούν να παράσχουν ενημέρωση του Νοσοκομείου σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας προϊόντος, ή που δεν έχουν δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης των προς προμήθεια ειδών από διαρκές απόθεμα, ή που δεν διαθέτουν προσωπικό εκπαιδευμένο που να μπορεί να παρέχει επί τόπου τεχνική υποστήριξη σύμφωνα με τα πρότυπα του κατασκευαστικού οίκου, όταν αυτό ζητηθεί, ή που δεν παρέχουν οδηγίες για την αποθήκευση και το χειρισμό σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου των προς προμήθεια ειδών και της άμεσης ενημέρωσης σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας με την κατάθεση των αντίστοιχων εγγράφων του κατασκευαστικού οίκου. Όλα τα παραπάνω αποτελούν όρους τεχνικών προδιαγραφών που συσχετίζονται με τις ανάγκες της Υπηρεσίας από ποιοτική άποψη (βλ. ΣτΕ 1186/2011).

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

Συγκεκριμένα, η Διοίκηση οφείλει να θέσει την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή για την απρόσκοπτη λειτουργία των ιατρικών ειδών του Νοσοκομείου μας στοχεύοντας στη διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος και της δημόσιας υγείας.

Ως εκ τούτου, δεν παραβιάζονται οι αρχές της αναλογικότητας και της ισότιμης μεταχείρισης των υποψήφιων οικονομικών φορέων, με τη θέση των ως άνω τεχνικών προδιαγραφών, ούτε θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς ως προς την συμμετοχή τους στον εν θέματι Διαγωνισμό, κι ούτε δημιουργεί καταστάσεις στρέβλωσης στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού μεταξύ αυτών, διότι η τεχνική υποστήριξη και διαρκής ενημέρωση αναφορικά με τις προδιαγραφές που θέτει ο κατασκευαστικός οίκος, περί ανακλήσεων και λειτουργικών απαιτήσεων και η πλήρωση των στάνταρ που θέτει ο κατασκευαστικός οίκος, αποτελούν συνήθεις όρους των τεχνικών προδιαγραφών.

Επιπλέον, δυνάμει των παραπάνω όρων, σε καμία περίπτωση δεν, αποκλείεται εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να λάβουν συμμετοχή στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον οι διαγωνιζόμενοι είναι σε θέση να πραγματοποιούν τεχνική υποστήριξη στο ιατρικά είδη που εμπορεύονται και έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν την απαιτούμενη βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου εφόσον πληρούν τις προδιαγραφές του κατασκευαστικού οίκου.

Άλλωστε δε δύναται να προκαθοριστεί εκ των προτέρων πόσες φορές θα χρειαστεί να παρασχεθεί τεχνική υποστήριξη. Είναι γνωστό ότι τα προς προμήθεια είδη (χειρουργικά εργαλεία) είναι υψηλής τεχνολογίας υλικά και ως εκ της εφαρμογής του στα χειρουργεία, συνδέονται άμεσα με την επιβίωση του ασθενούς κατά τη διάρκεια και ύστερα από μία χειρουργική επέμβαση και επομένως οι ιατροί και το νοσηλευτικό προσωπικό που κάνουν χρήση, πρέπει να είναι συνεχώς εκπαιδευμένοι, ενημερωμένοι και υποβοηθούμενοι σε περίπτωση που παραστεί ανάγκη, στις λειτουργικές απαιτήσεις των εν λόγω μηχανημάτων-εργαλείων. Επιπρόσθετα αποτελούν κοστοβόρα υλικά, τα οποία δεν προορίζονται για practicing αλλά για απευθείας εφαρμογή και χρήση επί

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

ενός χειρουργούμενου ασθενούς και δεν επιδέχονται αστοχίες, ούτε από πλευράς υλικού, ούτε και από πλευράς χειρουργού.

Για το λόγο αυτό το Νοσοκομείο έθεσε υψηλές λειτουργικές απαιτήσεις, οι οποίες είναι σύμφωνες με τις πρότυπες ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ που ορίζει η Εθνική Κεντρική Αρχή Προμηθειών Υγείας (Σχ.1), οι οποίες ορίζουν τα εξής: «6. Η προμηθεύτρια εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να καταθέσει υπεύθυνη δήλωση που να αναφέρει ότι είναι εξουσιοδοτημένη από τον κατασκευαστικό οίκο για την τεχνική υποστήριξη των προϊόντων και την τήρηση των διαδικασιών σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος.

7. Η κάθε προσφέρουσα εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να προσκομίσει δήλωση της κατασκευάστριας εταιρείας που να αναφέρεται στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και να δηλώνει ότι σε περίπτωση κατακύρωσης σύμβασης στην προσφέρουσα εταιρεία, η κατασκευάστρια θα δεσμευτεί να την προμηθεύσει με τη συγκεκριμένη ποσότητα των κατακυρωθέντων ειδών της σύμβασης.

8. Η κάθε προσφέρουσα εταιρεία, σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια, να προσκομίσει δήλωση της κατασκευάστριας εταιρείας που να δηλώνει ότι η προσφέρουσα θα ενημερώνεται για όλες τις πιθανές ανακλήσεις/αποσύρσεις προϊόντων, σχετικές με τα είδη που έχει προσφέρει στο διαγωνισμό.

9. Η κάθε προσφέρουσα εταιρεία, να διαθέτει άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο προσωπικό από την κατασκευάστρια εταιρεία (πιστοποίηση έως 2 προηγούμενα έτη)». [...]

Σύμφωνα με τα παραπάνω, οι αποφάσεις του Δ.Σ. της Ε.Κ.Α.Π.Υ. με τις οποίες εγκρίνονται οι τεχνικές προδιαγραφές για την προμήθεια υγειονομικών υλικών αποτελούν κανονιστικές διοικητικές πράξεις, νόμιμο έρεισμα των οποίων αποτελεί ο Ν 4412/2016 όπως ισχύει σήμερα.

Η απαίτηση αυτή εξάλλου δεν υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Η απαίτηση της εξασφαλισμένης ενημέρωσης του Νοσοκομείου σε περίπτωση μερικής ή

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

ολικής ανάκλησης προϊόντος με δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα, παρέχονται από τον προμηθευτή και όχι από τον κατασκευαστικό οίκο. Ρητά αναφέρει η προδιαγραφή αυτή ότι «οι ανωτέρω όροι πρέπει να παρέχονται από τον προμηθευτή». Επομένως η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής δεν αποδεικνύεται αποκλειστικά με έγγραφα του κατασκευαστή. Ο όρος «αποκλειστικά» αποτελεί αυθαίρετη προσθήκη της προσφεύγουσας.

Εξάλλου οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης νόμιμα να θέτουν στη Διακήρυξη απαιτήσεις σχετικά με την παροχή των αναγκαίων υπηρεσιών υποστήριξης του προϊόντος ή πιστοποιητικό τεχνικής κατάρτισης για την υποστήριξη σε υπηρεσία νοσηλευτικής μονάδας ή πιστοποιητικό εξουσιοδοτημένου τμήματος τεχνικής υποστήριξης, σε όποια περίπτωση κρίνεται από το Νοσοκομείο ότι ένα ή περισσότερα από τα έγγραφα αυτά απαιτούνται.[...]

Ενόψει αυτών, τεκμηριώνεται πλήρως η πρακτική ανάγκη θέσπισης της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής και κατά συνέπεια αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς η νομιμότητα της Διακήρυξης, καθώς αποδεικνύεται η ύπαρξη βάσιμου επιστημονικού λόγου που να δικαιολογεί τη θέσπιση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής, δεδομένου ότι κατά την ανέλεγκτη ακυρωτικώς τεχνική κρίση της Διοίκησης, μόνο χειρουργικά εργαλεία που φέρουν τις εγγυήσεις του κατασκευαστικού οίκου, εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και επομένως, ως αναγκαία συνέπεια αυτής της επιλογής, νομίμως περιορίζεται ο κύκλος των οικονομικών φορέων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΔΕΦΑΘ 2722/2019). Εξάλλου υπό αυτές τις συνθήκες είναι θεμιτή η ύπαρξη σχέσης συνεργασίας (όχι αποκλειστικής, γιατί κάτι τέτοιο δεν προϋποτίθεται σε κανέναν όρο της Διακήρυξης) αλλά απλής συνεργασίας μεταξύ κατασκευαστικού οίκου και προμηθευτή των προσφερόμενων ειδών και εξασφαλίζει την ορθή και έγκαιρη προμήθεια, αντικατάσταση και συνεχή λειτουργία των προσφερόμενων ειδών στο νοσοκομείο, όπως και την τήρηση όλων των αναγκαίων διαδικασιών

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

ιχνηλασιμότητας σε περίπτωση τυχόν ανάκλησης ή απόσυρσης των υπό προμήθεια προϊόντων.

Επειδή η τεχνική προδιαγραφή που αμφισβητείται, συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι νόμιμη.

Επειδή η τεχνική προδιαγραφή που αμφισβητείται, αποτελεί τρόπο απόδειξης της συνεργασίας και όχι απαίτηση σύνδεσης με σχέση αποκλειστικής διανομής, όπως οι περιπτώσεις των αποφάσεων της ΑΕΠΠ που επικαλείται η προσφεύγουσα.

Επειδή εν προκειμένω δεν ζητείται εξουσιοδότηση από την κατασκευάστρια εταιρεία αναφορικά με την πλήρωση της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής αλλά αρκεί οποιοδήποτε «αντίστοιχο έγγραφο του κατασκευαστικού οίκου».

B. Αναφορικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής

Η προσφεύγουσα και πάλι παραποιεί τον επίμαχο όρο της διακήρυξης καθώς ο όρος αυτός δεν περιορίζει τα μέσα απόδειξης της σύνδεσης κατασκευαστή με τον οικονομικό φορέα αλλά αρκείται σε κάθε «έγγραφο» του κατασκευαστή, που όπως ομολογεί η προσφεύγουσα στον επίμαχο δεύτερο λόγο προσφυγής της «η σχετική απαίτηση καλύπτεται από την προσκόμιση των σχετικών prospectus και τεχνικών φυλλαδίων του εκάστοτε οίκου» (σελ. 10 προδικαστικής προσφυγής, έξι στίχοι πριν το τέλος). Η προδιαγραφή αυτή δεν προϋποθέτει υπεύθυνη δήλωση και δεν προσομοιάζει με την καταργημένη υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 94 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ούτε επιφέρει τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού, καθώς οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας μπορεί να ανεύρει τα τεχνικά φυλλάδια του κατασκευαστικού οίκου των ειδών που εμπορεύεται.

Η απαίτηση της εξασφαλισμένης ενημέρωσης του Νοσοκομείου σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης προϊόντος με δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα, παρέχονται από τον προμηθευτή και όχι από τον κατασκευαστικό οίκο. Διαρκές απόθεμα πρέπει να έχει ο προμηθευτής και όχι φυσικά ο κατασκευαστής. Ο προμηθευτής θα πρέπει να αποδείξει τη δυνατότητά του να προμηθεύεται από τον κατασκευαστή επαρκές απόθεμα, δηλαδή να μην περιορίζεται η συνεχής και απρόσκοπτη προμήθεια των ειδών που επιδιώκει να προμηθευτεί η αναθέτουσα Αρχή. Ρητά αναφέρει η

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

προδιαγραφή αυτή ότι «οι ανωτέρω όροι πρέπει να παρέχονται από τον προμηθευτή». Επομένως η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής δεν αποδεικνύεται αποκλειστικά με έγγραφο του κατασκευαστή. Ο όρος «αποκλειστικά» αποτελεί αυθαίρετη προσθήκη της προσφεύγουσας.

Για το λόγο αυτό αντίστοιχος όρος με την υπό κρίση διακήρυξη περιέχεται και στις πρότυπες ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ της Διεύθυνσης Μητρώου Προμηθευτών του ΝΠΔΔ ΕΚΑΠΥ του Υπουργείου Υγείας, οι οποίες συνοδεύουν το με ΑΠ έγγραφο του ΕΚΑΠΥ (Σχετ.1), όπως αναφέρονται παραπάνω [...]

Με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι στις ανοικτές διαδικασίες σύμφωνα με το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών είναι 35 ημέρες και όχι 15 ημέρες που ορίστηκε εν προκειμένω.

Ο εν θέματι διαγωνισμός είναι Ηλεκτρονικός Κάτω των Ορίων.

Επομένως εφαρμόζεται η παράγραφος 5 του άρθρου 27 και η παρ. 1 του άρθρου 121 του Ν. 4412/2016

Επομένως είναι νόμιμη η προθεσμία των 15 ημερών για την παραλαβή των προσφορών σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016 και δεν απαιτείται να αποδειχθούν προϋποθέσεις για τον ορισμό αυτής της προθεσμίας αλλά είναι η προβλεπόμενη στο νόμο».

15. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του ισχυρίζεται τα εξής : « 1. Για τους λόγους που αναφέραμε αναλυτικά στην προσφυγή μας οι προσβαλλόμενοι όροι συνδέονται με το πρόσωπο του υποψηφίου και ουχί με τα προσφερόμενα είδη, με αποτέλεσμα οι σχετικές απαιτήσεις να συνιστούν προφανώς κριτήρια ποιοτικής επιλογής που σχετίζονται με την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου και ουχί τεχνικές προδιαγραφές. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι οι προσβαλλόμενοι όροι αφορούν την ποιότητα των προμηθευόμενων ειδών και βρίσκουν νομικό έρεισμα στο άρθρο 54 παρ. 3 του ν. 4412/2016 είναι παντελώς αβάσιμοι, καθόσον η συγκεκριμένη διάταξη αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών.

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

Ισχυρίζεται, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ότι, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται και με αναφορά σε επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις και ότι τα αιτούμενα έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου διασφαλίζουν ασφαλή κατασκευή, συσκευασία, διανομή, αποθήκευση και χειρισμό των προς προμήθεια ειδών. Ο ανωτέρω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι ανεδαφικός, καθόσον τα ανωτέρω διασφαλίζονται από τα σχετικά πιστοποιητικά [CE, ISO, βεβαίωση διανομέα κλπ] που, ούτως ή άλλως, ζητούνται με τη διακήρυξη [ορ. τεχνικές προδιαγραφές διακήρυξης 1α, 1β και 1γ σελ. 57-58 διακήρυξης]. Η αναθέτουσα αρχή, εξάλλου, στις προσβαλλόμενες απαιτήσεις της ουδόλως διευκρινίζει ποια είναι εκείνα τα έγγραφα του κατασκευαστή, πέραν των ήδη αιτούμενων πιστοποιητικών, που δύνανται να αποδείξουν τις σχετικές απαιτήσεις. Σε κάθε περίπτωση στην επικαλούμενη από την ίδια την αναθέτουσα αρχή διάταξη του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, ρητώς ορίζεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να συνοδεύει τις σχετικές παραπομπές από το όρο «ή ισοδύναμο». Εν προκειμένω, όμως, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις είναι τεχνικές προδιαγραφές, ουδόλως προβλέπεται η δυνατότητα απόδειξης της συνδρομής τους κατά τρόπο ισοδύναμο παρά μόνο με σχετικά έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία προφανώς είναι σχετικές έγγραφες δηλώσεις – βεβαιώσεις του κατασκευαστικού οίκου. Ακόμα δε και το επικαλούμενο από την αναθέτουσα αρχή Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 αναφέρεται σε έγγραφα που προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά του προϊόντος, στην αξιολόγηση συμμόρφωσης και στις διαδικασίες αξιολόγησης, ήτοι έγγραφα που παραπέμπουν ρητώς σε συγκεκριμένα πιστοποιητικά ποιότητας και επίσημα έγγραφα οδηγιών χρήσης και ουχί σε σχετικές επιστολές-δηλώσεις – βεβαιώσεις του κατασκευαστικού οίκου.

Προς επίρρωση μάλιστα των ισχυρισμών της η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την υπ' αριθ. 1186/2011 απόφαση του ΣτΕ, η οποία, όμως, αφορά διαστάσεις του προσφερόμενου είδους και ουχί απαιτήσεις που αφορούν την τεχνική ικανότητα του προσφέροντος [οράτε απόφαση 1186/2011 ΣτΕ, η οποία αφορά την επιφάνεια φόρτωσης του προμηθευόμενου είδους, ήτοι αμιγώς απαίτηση

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

αφορώσα στο ίδιο το είδος που δικαιολογείται από την εκπλήρωση συγκεκριμένων αναγκών].

2. [...] Η προσφυγή μας δεν αφορά την αναγκαιότητα των ανωτέρω απαιτήσεων ΑΛΛΑ ΤΟΝ ΤΡΟΠΟ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΤΟΥΣ. Καλώς δηλαδή αιτείται η αναθέτουσα αρχή τις ανωτέρω απαιτήσεις αλλά δεν είναι νόμιμο να απαιτεί να αποδεικνύονται τα ανωτέρω ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ με σχετική δήλωση - βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου.

Ήτοι, η εταιρεία μας ανταποκρίνεται σε όλες τις ανωτέρω απαιτήσεις, γεγονός το οποίο αποδεικνύεται από το σχετικό Πιστοποιητικό ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων (υπουργική απόφαση 1348/04 υπουργείου υγείας - ΦΕΚ 32B/2004), Πιστοποιητικό ISO 9001:2015 με πεδίο Εμπορία και Διανομή αναλώσιμων ιατροτεχνολογικών προϊόντων καθώς και από τον μοναδικό αριθμό ΕΟΦ που έχουμε λάβει (κατόπιν αξιολόγησης του φακέλου μας από τον ΕΟΦ) για τα υλικά που προσφέρουμε. Η απαίτηση να αποδεικνύονται τα ανωτέρω όχι με τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αλλά αποκλειστικά από πρόσθετες δηλώσεις – βεβαιώσεις του κατασκευαστικού οίκου σαφώς και δημιουργεί τις αναφερόμενες στην προσφυγή μας διακρίσεις. Στο σημείο αυτό δηλαδή έγκειται η μη νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων, όχι στις απαιτήσεις αυτές καθαυτές.

[...]η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα και αυθαίρετα συνδέει την ικανότητα των προμηθευτών να ανταποκριθούν στις αιτούμενες απαιτήσεις με σχετική βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου [...]

Η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως θεωρεί ότι η δυνατότητα τεχνικής υποστήριξης μπορεί να αποδειχθεί μόνο με σχετική βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου, μη δεχόμενη οιονδήποτε άλλο ισοδύναμο τρόπο απόδειξης. Αιτείται, δηλαδή, στην ουσία την προσκόμιση βεβαιώσεων των εκάστοτε κατασκευαστικών οίκων που θα παρέχονται στους προμηθευτές και θα βεβαιώνουν τα ανωτέρω, αποκλείοντας με τον τρόπο αυτό οιονδήποτε άλλο τρόπο απόδειξης της πλήρωσης των εν λόγω απαιτήσεων καθώς και προμηθευτές που εμπορεύονται είδη όχι απευθείας από τους κατασκευαστικούς οίκους αλλά μέσω αντιπροσώπων αυτών ή εισαγωγέων.

3. Σχετικά με την τεχνική υποστήριξη πρέπει να τονιστεί ότι, εν προκειμένω, τα προμηθευόμενα είδη είναι χειρουργικά εργαλεία και ουχί μηχανήματα, ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή. Είναι σαφές ότι παρέχεται εκπαίδευση στους ιατρούς από προσωπικό των προμηθευτών, πλην όμως, δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι πρέπει να παρασχεθεί επί τόπου υποστήριξη σε περίπτωση που παραστεί ανάγκη, καθόσον η ανάγκη αυτή θα προκύψει εντός του χειρουργείου, ανάγκη, η οποία, ως είναι προφανές, δεν είναι δυνατόν να εξυπηρετηθεί με επιτόπια υποστήριξη εντός της χειρουργικής αίθουσας. Με την παράδοση των προϊόντων εκπαιδεύονται οι χειρουργοί στη χρήση τους και σαφώς όταν παραστεί ανάγκη θα υπάρξει επιπλέον τεχνική υποστήριξη, αλλά η συνεχής επιτόπια και αδιάλειπτη τεχνική υποστήριξη δεν συνάδει με τη φύση των χειρουργικών εργαλείων.

Αναφορικά με τις επικαλούμενες από την αναθέτουσα αρχή Τεχνικές Απαιτήσεις της ΕΚΑΠΥ πρέπει να διευκρινιστεί ότι οι ανωτέρω απαιτήσεις προφανώς συντάχθηκαν προ της τροποποίησης της παρ. 5 του άρθρου 94 του ν. 4412/2016 και την κατάργηση της υποβολής της προβλεπόμενης στην ανωτέρω διάταξη υπεύθυνης δήλωσης και αυτό διότι στον όρο 7 των επικαλούμενων από την αναθέτουσα αρχή τεχνικών απαιτήσεων της ΕΚΑΠΥ προβλέπεται η υποβολή της εν λόγω ήδη καταργηθείσας υπεύθυνης δήλωσης (!!!). Πλην όμως, ως αναφέραμε και στην προσφυγή μας, ο νομοθέτης επέλεξε την κατάργηση της ανωτέρω απαίτησης και της συνακόλουθης διάκρισης, με αποτέλεσμα η τεχνική απαίτηση του όρου 7 της ΕΚΑΠΥ, πλέον, να έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 94 του ν. 4412/2016, [...]

[...] Αν λοιπόν η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι για την ανωτέρω απαίτηση αρκεί μόνο σχετική δήλωση εκ μέρους του προμηθευτή, ως τροποποιηθεί αναλόγως και ο σχετικός όρος της διακήρυξης, καθόσον από τη διατύπωσή του προκύπτει ότι η σχετική απαίτηση παρέχεται μεν από τον προμηθευτή αλλά αποδεικνύεται από έγγραφα του κατασκευαστή.

Ο επικαλούμενος δε από την αναθέτουσα αρχή Κανονισμός (ΕΕ) 2017/745 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2017 για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, επιρρώνει τους ισχυρισμούς μας, καθόσον σε

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

αυτόν προβλέπονται ρητά συγκεκριμένες διαδικασίες και σχέδια εποπτείας που πρέπει να τηρούν οι κατασκευαστές μετά τη διάθεση των προϊόντων τους στην αγορά καθώς και εξασφάλιση της ιχνηλασιμότητας των τεχνολογικών προϊόντων χάρη στο σύστημα αποκλειστικής ταυτοποίησης τεχνολογικού προϊόντος (σύστημα UDI) που βασίζεται σε διεθνείς κατευθυντήριες γραμμές. Ως αποκλειστικό αναγνωριστικό τεχνολογικού προϊόντος (Unique Device Identifier — «UDI») νοείται δε η σειρά αριθμητικών ή αλφαριθμητικών χαρακτήρων που δημιουργείται βάσει διεθνώς αναγνωρισμένων προτύπων ταυτοποίησης και κωδικοποίησης και επιτρέπει τη μονοσήμαντη ταυτοποίηση συγκεκριμένων τεχνολογικών προϊόντων στην αγορά.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η απόσυρση / ανάκληση, η ιχνηλασιμότητα, η γνωστοποίηση πληροφοριών κλπ επιτυγχάνονται μέσω των συστημάτων και των τρόπων που αναλύονται διεξοδικά στον ανωτέρω Κανονισμό και αποδεικνύονται με την υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών και την απόδειξη ύπαρξης των σχετικών συστημάτων (μέσω barcodes κλπ) και ουχί από υπεύθυνες δηλώσεις των οίκων.

[...] Συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή ότι είναι επιλέξιμες οι προσφορές είτε κατασκευαστών, είτε εισαγωγέων, είτε αντιπροσώπων που έχουν απευθείας σχέση με τους κατασκευαστικούς οίκους και αποκλείονται οι λοιποί διανομείς της αλυσίδας εφοδιασμού που εμπορεύονται μέσω αντιπροσώπων είτε εισαγωγέων των κατασκευαστικών οίκων (οι οποίοι σε κάθε περίπτωση δυνάμει των άρθρων 11 και 14 του ανωτέρω Κανονισμού έχουν αντίστοιχες υποχρεώσεις προς τους διανομείς τους). Η διάκριση αυτή είναι μη νόμιμη και δεν δύναται να γίνει δεκτή από την Αρχή Σας».

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

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

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

18. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, 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 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

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 [...]

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

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ

4. Εξασφαλισμένη ενημέρωση του Νοσοκομείου σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας προϊόντος, με δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα. Να διατίθεται εκπαιδευμένο προσωπικό, που να μπορεί να παρέχει επί τόπου τεχνική υποστήριξη σύμφωνα με τα πρότυπα του κατασκευαστικού οίκου, όταν αυτό ζητηθεί. Επίσης να παρέχει οδηγίες για την αποθήκευση, το χειρισμό σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστικού οίκου και να ενημερώνει άμεσα σε περίπτωση έκδοσης νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέτρων ασφαλείας. Οι ανωτέρω όροι

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

πρέπει να παρέχονται από τον προμηθευτή και να αποδεικνύονται με την κατάθεση των αντίστοιχων εγγράφων του κατασκευαστικού οίκου [...]».

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

21. Επειδή, έχει παγίως κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει προσφορές ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΣΤΕ 3719/2011, ΕΑ ΣΤΕ 9, 124, 189/2015, 354/2014, 1025, 1140/2010, 303/2007, 977/2006), η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 3719/2011, Ε.Α. ΣΤΕ 189/2015, 1025/2010, βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 9/2015,354,415/2014,133/2012,676/2011, 257, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 123/2016, 9/2015, 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). Περαιτέρω, κατά την έννοια των ίδιων ανωτέρω διατάξεων, ενώ απαγορεύεται κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. Σ.Τ.Ε. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Περαιτέρω, ο έλεγχος της καταλληλότητας των υποψηφίων διενεργείται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα κριτήρια της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας και της οικονομικής, χρηματοοικονομικής και τεχνικής ικανότητας («κριτήρια ποιοτικής επιλογής»). Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων (πρβλ. ΣΤΕ 354/2014). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό και να διαμορφωθούν τα κατάλληλα για τη συγκεκριμένη περίπτωση κριτήρια, ώστε να διασφαλιστεί ο ελεύθερος ανταγωνισμός και η επιλογή της καλύτερης προσφοράς (πρβλ. Ε.Α.ΣΤΕ 112/2011, 318/2009, 100/2009).

22. Επειδή, η θέσπιση τέτοιων όρων και προδιαγραφών, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεσης σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτής δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

23. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η Στο δε όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης. Ειδικότερα, στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή ο διαγωνιζόμενος να διαθέτει εκπαιδευμένο προσωπικό για την παροχή επί τόπου τεχνικής υποστήριξης, η δε εν λόγω εκπαίδευση να αποδεικνύεται με σχετικά έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου των προσφερόμενων ειδών. Επομένως, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 21 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση μη πλήρωσης της επίμαχης προδιαγραφής.

24. Επειδή, καταρχάς, ουδόλως ο προσφεύγων αμφισβητεί την αναγκαιότητα και σκοπιμότητα της διάθεσης από τον συμμετέχοντα εκπαιδευμένου προσωπικού για την τεχνική υποστήριξη του προσφερόμενου εξοπλισμού, ως άλλωστε συνομολογεί και στο υπόμνημά του. Περαιτέρω, δοθέντος ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προμήθεια εξοπλισμού και όχι η παροχή υπηρεσιών αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η επίμαχη προδιαγραφή αφορά την ικανότητα του υποψηφίου και άρα θα

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

έπρεπε να τεθεί ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας. Και τούτο διότι η τεχνική υποστήριξη του εξοπλισμού από εκπαιδευμένο προσωπικό δεν συνδέεται με το πρόσωπο του υποψηφίου αλλά σχετίζεται άρρηκτα με την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ήτοι με την χρήση του εργαλείου, η οποία πρέπει να γίνεται με τον κατάλληλο και προσήκοντα τρόπο, ως έχει καθοριστεί από το κατασκευαστή, αποτελεί δε συνήθη τεχνική προδιαγραφή η οποία περιλαμβάνεται και στις τεχνικές απαιτήσεις που έχει καθορίσει η ΕΚΑΠΥ και δεσμεύουν την αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, ορθώς και νομίμως ο όρος περί διάθεσης εκπαιδευμένου προσωπικού για την τεχνική υποστήριξη του εξοπλισμού θεσπίζεται στη διακήρυξη ως τεχνική προδιαγραφή και άρα οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη επιλογής ως προς την απόδειξη της επίμαχης προδιαγραφής κάποιου εκ των αναφερόμενων στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α της Οδηγίας 2014/24/EK ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Δεδομένου δε ότι η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών αποδεικνύεται δια εγγράφων του κατασκευαστή και όχι δια δηλώσεων του ίδιου του προμηθευτή, η απαίτηση της διακήρυξης περί προσκόμισης εγγράφου του κατασκευαστή με το οποίο θα αποδεικνύεται η εκπαίδευση του προσωπικού του διαγωνιζόμενου είναι σύννομη, κατάλληλη και ανάλογη, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα, ενώ οι επικαλούμενες από τον προσφεύγοντα αποφάσεις της ΑΕΠΠ αφορούν έτερο ζήτημα, ήτοι την περίπτωση όπου η διάθεση εκπαιδευμένου προσωπικού τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας και όχι ως προδιαγραφή, όπως εν προκειμένω. Σημειωτέον ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι τα προς προμήθεια είδη είναι ευρέως χρησιμοποιούμενα χειρουργικά είδη, ουδόλως αναιρεί την απαίτηση τεχνικής υποστήριξης αυτών, προβάλλεται δε και αντιφατικώς καθώς ο ίδιος ο προσφεύγων δηλώνει ρητώς ότι δεν αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της θέσπισης της προδιαγραφής αλλά μόνον τον τρόπο απόδειξης αυτής. Επιπροσθέτως, οι προβαλλόμενες με το υπόμνημα αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ισοδύναμου τρόπου απόδειξης ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, διότι η προσβαλλόμενη προδιαγραφή δεν προσδιορίζεται δια παραπομπής σε πρότυπο ώστε να απαιτείται ισοδυναμία

κατ' άρθρον 54 του ν. 4412/2016 αλλά αποτελεί λειτουργική απαίτηση. Πέραν των ανωτέρω, αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η απαίτηση περί επί τόπου παροχής τεχνικής υποστήριξης παραβιάζει τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, καθώς ουδόλως ο επίμαχος όρος απαιτεί ο συμμετέχων να εδρεύει στην ευρύτερη περιοχή των ή να διαθέτει εκεί υποκατάστημα αλλά δύναται η πλήρωση της απαίτησης να επιτευχθεί με οιοδήποτε μέσο, ενώ επισημαίνεται ότι δεν τίθενται στη διακήρυξη συγκεκριμένοι χρόνοι απόκρισης του υποψηφίου ως προς την τεχνική υποστήριξη. Το δε γεγονός ότι δεν προσδιορίζεται στη διακήρυξη η συχνότητα τεχνικής υποστήριξης ουδόλως δημιουργεί ασάφεια, καθώς, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, κατά τα διδάγματα της λογικής και της κοινής πείρας, εκ της φύσεως του συμβατικού αντικειμένου δεν είναι δυνατόν να προκαθοριστούν οι περιπτώσεις που θα χρειαστεί τεχνική υποστήριξη. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτός ως αβάσιμος.

25. Επειδή, περαιτέρω, στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή ο ανάδοχος να ενημερώνει την αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση μερικής ή ολικής ανάκλησης παρτίδας προϊόντος και έκδοσης από τον κατασκευαστή νέων κατευθυντήριων οδηγιών για τη χρήση του προϊόντος ή πιθανών διορθωτικών μέσων ασφαλείας καθώς και να παρέχει τη δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης από διαρκές απόθεμα, τα ανωτέρω δε θα αποδεικνύονται με έγγραφα του κατασκευαστικού οίκου.

26. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 24, η ως άνω προσβαλλόμενη απαίτηση αφορά άμεσα την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και όχι το πρόσωπο του υποψηφίου και άρα νομίμως έχει τεθεί ως τεχνική προδιαγραφή καθώς δεν αποτελεί κριτήριο τεχνικής ικανότητας. Ως εκ τούτου, ορθώς και νομίμως προβλέπεται ως μέσο απόδειξης της επίμαχης προδιαγραφής η προσκόμιση εγγράφων του κατασκευαστή δοθέντος ότι η πλήρωση των τεχνικών απαιτήσεων δεν δύναται να προκύπτει από τον ίδιο τον προσφέροντα. Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί ισοδύναμου τρόπου απόδειξης ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, διότι η εν λόγω προδιαγραφή αποτελεί λειτουργική απαίτηση για την απόδειξη της οποίας δεν

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

απαιτείται ισοδυναμία κατά το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Επίσης, ουδόλως η ως άνω απαίτηση δύναται να εκληφθεί ως εμπειρέχουσα ή υποκρύπτουσα την καταργηθείσα υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 94 του ν. 4412/2016 περί εκτέλεσης της προμήθειας από την επιχείρηση στην οποία ανήκει η μονάδα κατασκευής ή τον επίσημο αντιπρόσωπο αυτής, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Ομοίως ουδόλως η διακήρυξη απαιτεί την ύπαρξης άμεσης συνεργασίας προμηθευτή και κατασκευαστή, πολλώ δε μάλλον δεν αποκλείονται οι έτεροι διανομείς, ενώ ως συνομολογεί ο προσφεύγων η απόδειξη των επίμαχων προδιαγραφών δύναται να προκύπτει εκ τεχνικών φυλλαδίων του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία είναι ευχερώς αναζητήσιμα. Συνεπώς και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

27. Επειδή, δοθέντος ότι, συνεπεία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής έχει παραταθεί η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ο τρίτος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος. Σε κάθε περίπτωση, ο τρίτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται και αβασίμως διότι στο υπό κρίση διαγωνισμό κάτω των ορίων τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 27 και της παρ. 1 του άρθρου 121 και άρα νομίμως η αναθέτουσα αρχή αρχικώς είχε ορίσει δεκαπενθήμερη προθεσμία υποβολής προσφορών.

28. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

30. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατά το ποσό των 600 ευρώ (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου κατά το ποσό των 600 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 1864/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 22 Δεκεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ