

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16.05.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.04.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 330/10.04.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία [...] που εδρεύει στην [...], [...], νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά των όρων της με αριθ. 6/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου [...] για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια Συρραπτικών Εργαλείων Μ.Χ.», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 67.231,70 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας [...] που εδρεύει στη [...], οδός [...], νομίμως εκπροσωπούμενης .

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων με την προσφυγή της όρων της υπόψη Διακήρυξης, οι οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της τίθενται παράνομα και αναιτιολόγητα, θίγοντας τις αρχές της αναλογικότητας και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αποκλείοντας το δικαίωμα συμμετοχής της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων με

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

αυτήν όρων και εν γένει της με αριθ. 6/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου [...].

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο [...] με την υπ' αριθ. 6/2018 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την «Προμήθεια Συρραπτικών Εργαλείων Μ.Χ.», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 67.231,70 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 22.03.2018 και στην ηλεκτρονική πύλη του Εθνικού Ηλεκτρονικού Συστήματος Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 22.03.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό : α/α [...].

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199884388958 0601 0076), ποσού 600,00€, €, το οποίο συνιστά το κατώτατο ποσό παραβόλου που προβλέπεται εκ του νόμου, σε περίπτωση που η αξία του υπολογισθέντος παραβόλου σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης υπολείπεται του ως άνω κατώτατου ποσού.

3. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση η φερόμενη ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προσφυγή τιτλοφορείται ως «Ένσταση» και υποβάλλεται χωρίς χρήση του τυποποιημένου προς τούτο εντύπου προδικαστικής προσφυγής, όπως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 8 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016). Παρόλα αυτά, από την επισκόπηση του περιεχομένου της ασκηθείσας Ενστάσεως προκύπτει ότι αυτή καλύπτει κατά το ουσιώδες μέρος της όλα τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, οι δε προβαλλόμενοι με αυτή λόγοι και το αίτημά της κατατείνουν στην ακύρωση

## Αριθμός απόφασης: 406/2018

επιμέρους όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, με αποτέλεσμα να θεραπεύεται η έλλειψη χρήσης του τυποποιημένου εντύπου (ΑΕΠΠ 97/2017). Ως εκ τούτου, κατ'ορθή ερμηνεία του δικογράφου της ασκηθείσας Ενστάσεως συνάγεται ότι αυτή συνιστά νομίμως ασκηθείσα Προδικαστική Προσφυγή.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 67.231,70 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης πράξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι η πλήρης γνώση αυτής επήλθε την 06.04.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και παρόλα αυτά η Ένσταση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 02.04.2018.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά επιμέρους ειδικών όρων που περιλαμβάνονται στο «Παράρτημα Γ : Τεχνικές Προδιαγραφές» της με αριθ. 6/2018 Διακήρυξης με αντικείμενο την «Προμήθεια Συρραπτικών Εργαλείων Μ.Χ.» με τους οποίους όρους απαιτείται επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς των διαγωνιζομένων να προσκομίζουν : α) «2. .... Να προσκομίζονται τουλάχιστον δύο κλινικές μελέτες», β) «6. Υπεύθυνη Δήλωση

## Αριθμός απόφασης: 406/2018

θεωρημένη με το γνήσιο της υπογραφής όπου θα δηλώνεται το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής του συρραπτικού και το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής και διανομής (σε περίπτωση που είναι διαφορετικά) όπως επίσης και CE και ISO της κατασκευάστριας εταιρίας», γ) «7. Η προμηθεύτρια εταιρία σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια να είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρία για την αποκλειστική διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία ώστε να διασφαλίζεται η ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο Νοσοκομείο, η οποία θα γίνεται με την ισχύουσα Νομοθεσία καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος ή μετά από τη συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων λευκή κάρτα» από το χρήστη», δ) «8. Η προμηθεύτρια εταιρία να διαθέτει άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο προσωπικό από την κατασκευάστρια εταιρία (πιστοποίηση έως 2 έτη) για την ασφαλέστερη καθοδήγηση/παρουσίαση των προϊόντων στους χρήστες καθώς και για την υποστήριξη αυτών στα χειρουργεία του Νοσοκομείου πάντα μετά από έγκριση του Δ.Σ. και εξουσιοδοτημένη τεχνική υποστήριξη για πιθανό απαραίτητο συνοδό εξοπλισμό». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι είτε θέτουν τεχνικές προδιαγραφές εκ του περισσού και χωρίς ιδιαίτερο δικαιολογητικό λόγο προς τούτο, είτε θέτουν απαιτήσεις που παραβιάζουν τις αρχές της αναλογικότητας και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, αντιβαίνοντας την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και περιορίζοντας άνευ νόμιμου λόγου των ανταγωνισμό.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια συνιστά εταιρία που δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας ιατροτεχνολογικών προϊόντων, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων.

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

8. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρία [...] με την από 13.04.2018 Παρέμβασή της, η οποία ασκείται παραδεκτώως και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ. 39/2017, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.04.2018, οπότε εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 13.04.2018, επιπροσθέτως η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει αφού δραστηριοποιείται και η ίδια στην οικεία αγορά, ούσα αποκλειστικός προμηθευτής στην Ελλάδα των προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου Covidien, μεταξύ των οποίων και συρραπτικών υλικών, προδιαγραφών όμοιων με αυτά που ζητούνται στην επίμαχη διακήρυξη. Ειδικότερα, με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση Ένσταση έχει υποβληθεί απαραδέκτως χωρίς χρήση του τυποποιημένου εντύπου, αναφορικά δε με τους προβαλλόμενους σε αυτήν ισχυρισμούς υποστηρίζει ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαράβατους όρους, τους οποίους η διοίκηση είναι κατ'αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της και οι οποίοι συμβαδίζουν απόλυτα με την κείμενη νομοθεσία, επιβάλλονται δε για λόγους προστασίας της υγείας των ασθενών και ασφαλέστερης δυνατής χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, χωρίς να αποτυπώνουν φωτογραφικές προδιαγραφές που παρακωλύουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού.

9. Επειδή, ειδικότερα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο ειδικός όρος με α/α 2 κατά τον οποίο απαιτείται η προσκόμιση τουλάχιστον δύο κλινικών μελετών για τα προσφερόμενα προϊόντα τίθεται εκ του περισσού καθώς η πιστοποίηση των προσφερόμενων προϊόντων κατά CE και FDA υποδηλώνει την ύπαρξη πολυάριθμων κλινικών μελετών και ως εκ τούτου ο όρος αυτός πρέπει να απαλειφθεί.

10. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι, λαμβανομένου υπόψη ότι οι ζητούμενες κλινικές

## Αριθμός απόφασης: 406/2018

μελέτες έχουν ήδη προσκομιστεί σε πρότερο στάδιο για την πιστοποίηση των προσφερόμενων προϊόντων, η εκ νέου προσκόμιση τουλάχιστον δύο εξ' αυτών συνιστά μια επιπρόσθετη προδιαγραφή που σε καμία περίπτωση δεν τίθεται παρανόμως. Περαιτέρω, επί του ίδιου ως άνω λόγου, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι ο εν λόγω όρος προσβάλλεται απαραδέκτως από την προσφεύγουσα, η οποία δεν προσδιορίζει εάν τα προσφερόμενα εκ μέρους της προϊόντα διαθέτουν εν τέλει τις απαιτούμενες κλινικές μελέτες, άλλως δεν επικαλείται τους λόγους για τους οποίους τα προσφερόμενα προϊόντα δεν καλύπτουν την απαιτούμενη προδιαγραφή, σε κάθε δε περίπτωση διότι η προσφεύγουσα δεν προσδιορίζει επαρκώς την υφιστάμενη βλάβη της εκ του ως άνω όρου.

11. Επειδή, από τα εκτεθέντα ως άνω (σκέψεις 9-10) συνάγεται ότι η προσφεύγουσα αμφισβητεί απλώς και μόνον κατά τρόπο γενικό και αόριστο τον ως άνω όρο της διακήρυξης, χωρίς να εξειδικεύει σε τι ακριβώς συνίσταται ο παράνομος χαρακτήρας του και η εξ' αυτού προσκληθείσα σε βάρος της βλάβη, με συνέπεια ο πρώτος λόγος προσφυγής της να προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος (ΣΤΕ 201/07).

12. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ειδικός όρος με α/α 6 κατά τον οποίο απαιτείται να προσκομίζεται : *«6. Υπεύθυνη Δήλωση θεωρημένη με το γνήσιο της υπογραφής όπου θα δηλώνεται το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής του συρραπτικού και το εργοστάσιο και η χώρα κατασκευής και διανομής (σε περίπτωση που είναι διαφορετικά) όπως επίσης και CE και ISO της κατασκευάστριας εταιρίας»* πρέπει να απαλειφθεί, αφενός διότι καμία προσφέρουσα εταιρία δεν υποχρεούται να γνωρίζει τις εσωτερικές διαδικασίες παραγωγής και διακίνησης των προσφερόμενων εκ μέρους της προϊόντων, αφετέρου δε διότι δεν προκύπτει η σκοπιμότητα που εξυπηρετεί μια τέτοια πρόβλεψη.

13. Επειδή, αναφορικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι η προσφεύγουσα δε θεμελιώνει τον παράνομο χαρακτήρα της εν λόγω απαίτησης στην παράβαση συγκεκριμένης διάταξης

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

νόμου του εσωτερικού δικαίου ή του δικαίου της ΕΕ, παρά μόνον επικαλείται αυθαίρετα τον παράνομο και αλυσιτελή χαρακτήρα του εν λόγω όρου. Επί τούτου, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι οι ζητούμενες 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 η ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω περιεχόμενο διασφαλίζει την ασφαλή κατασκευή, συσκευασία και διανομή των προσφερόμενων προϊόντων, συνθήκες τις οποίες οφείλει να γνωρίζει κάθε προμηθεύτρια εταιρία στο πλαίσιο της σχέσης εμπορικής συνεργασίας που διατηρεί με την κατασκευάστρια εταιρία των εκάστοτε προσφερόμενων ειδών, και για το λόγο αυτό ο προσβαλλόμενος όρος τίθεται νομίμως. Σε κάθε περίπτωση, όπως η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει, η προσφεύγουσα ακόμα κι αν αμφισβητεί τη νομιμότητα του όρου τούτου, δηλώνει ρητά με την προσφυγή της ότι δύναται να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση του εργοστασίου κατασκευής που αναγράφεται στο πιστοποιητικό CE των προσφερόμενων ειδών.

14. Επειδή, από τα εκτεθέντα ως άνω (σκέψεις 12-13) συνάγεται ότι η προσφεύγουσα ουδόλως προσδιορίζει με προβολή ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών ότι ενδέχεται να υποστεί ζημία από τους όρους αυτούς, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αντιθέτως δε προβάλλει ότι η ίδια δύναται να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση του εργοστασίου κατασκευής των προσφερόμενων ειδών, και ως εκ τούτου γίνεται δεκτό ότι και ο δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται ομοίως άνευ εννόμου συμφέροντος (ΕΑ 612/2012, σκ. 8, 718/2012, σκ. 6).

15. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο ειδικός όρος με α/α 7 κατά τον οποίο απαιτείται : *«7. Η προμηθεύτρια εταιρία σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια να είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρία για*

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

την αποκλειστική διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία ώστε να διασφαλίζεται η ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο Νοσοκομείο, η οποία θα γίνεται με την ισχύουσα Νομοθεσία καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος ή μετά από τη συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων λευκή κάρτα» από το χρήστη», είναι καταχρηστικός και παράνομος. Και τούτο διότι η απαίτηση προσκόμισης από την προμηθεύτρια εταιρία εξουσιοδότησής της από την κατασκευάστρια εταιρία για την αποκλειστική διανομή των υπό προμήθεια προϊόντων σε νοσοκομεία δεν υπαγορεύεται από καμία διάταξη νόμου, αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, σε κάθε δε περίπτωση ουδόλως επαρκεί ή έστω κατατείνει στη διασφάλιση της ορθής και έγκαιρης προμήθειας των προσφερόμενων προϊόντων, ούτε συνιστά το κατάλληλο μέσο προς απόδειξη της τήρησης των απαραίτητων διαδικασιών ιχνηλασιμότητας των προσφερόμενων ιατροτεχνολογικών προϊόντων.

16. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσκόμιση εγγράφου εξουσιοδότησης του προμηθευτή από τον κατασκευαστικό οίκο για την αποκλειστική διανομή των υπό προμήθεια ειδών διασφαλίζει την ορθή τήρηση των διαδικασιών προμήθειας ή ανάκλησης αυτών, καθώς οι κατασκευαστικοί οίκοι και οι εξουσιοδοτημένοι αντιπρόσωποί τους είναι εκείνοι που κινούν τις διαδικασίες απόσυρσης/ανάκλησης των προϊόντων και οφείλουν να λαμβάνουν κάθε αναγκαίο μέτρο προς τούτο, μεταξύ των οποίων και να γνωστοποιούν κάθε σχετική πληροφορία, στο δίκτυο των συνεργαζόμενων διανομέων των προϊόντων, με απώτερο σκοπό την προστασία της δημόσιας υγείας και της ασφάλειας των ασθενών. Υπό αυτή τη συνθήκη, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, είναι θεμιτή η ύπαρξη σχέσης αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ κατασκευαστικού οίκου και προμηθευτή των προσφερόμενων ειδών. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι η προσκόμιση εξουσιοδότησης προς απόδειξη της σχέσης αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ της κατασκευάστριας εταιρίας των προσφερόμενων ειδών και της διακινήτριας



## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

εταιρίας αυτών διασφαλίζει την ύπαρξη της μεταξύ τους συνεργασίας και κατ' επέκταση την ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προσφερόμενων ειδών στο νοσοκομείο, όπως και την τήρηση όλων των αναγκαίων διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε περίπτωση τυχόν ανάκλησης/απόσυρσης των υπό προμήθεια προϊόντων.

17. Επειδή, κατά το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου ως άνω ειδικού όρου απαιτείται η ύπαρξη σχέσης αποκλειστικής συνεργασίας των μεταξύ της προμηθεύτριας, εν προκειμένω προσφέρουσας, εταιρίας και της κατασκευάστριας εταιρίας για τη διανομή των υπό προμήθεια προϊόντων, η οποία πρέπει να αποδεικνύεται με έγγραφη εξουσιοδότηση της κατασκευάστριας προς την προμηθεύτρια εταιρία, και τούτο προκειμένου να διασφαλίζεται η ορθή/έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στα νοσοκομεία και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος. Δηλαδή, κατά την έννοια του προσβαλλόμενου ως άνω όρου κρίσιμο στοιχείο αποτελεί όχι ο τρόπος απόδειξης της σχέσης εμπορικής συνεργασίας μεταξύ προμηθευτή και κατασκευαστή των προσφερόμενων ειδών αλλά καθ'εαυτή η απαίτηση σύνδεσής τους με σχέση αποκλειστικής διανομής των εν λόγω προϊόντων. Άλλωστε, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, αυτή ακριβώς η σχέση αποκλειστικής συνεργασίας δεν υπαγορεύεται από καμία διάταξη νόμου, προβάλλεται άνευ επαρκούς δικαιολογητικού λόγου, και σε κάθε περίπτωση κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, περιορίζοντας δυσανάλογα τον ανταγωνισμό μεταξύ των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στην υπόψη διακήρυξη οικονομικών φορέων.

18. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 : «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». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

19. Επειδή, από τα εκτεθέντα ως άνω συνάγεται ότι, ο προσαλλόμενος με αριθ. 7 ειδικός όρος έχει ως συνέπεια να καθίστανται επιλέξιμες μόνο οι προσφορές προϊόντων των αποκλειστικών προμηθευτών της κατασκευάστριας εταιρίας, αποκλείοντας εκ προοιμίου προσφορές που προέρχονται από τρίτους προμηθευτές που διατηρούν εμπορική συνεργασία είτε με τον αποκλειστικό διανομέα των υπό προμήθεια ειδών, είτε με τρίτους οικονομικούς φορείς που ομοίως εμπορεύονται νομίμως τα υπό προμήθεια είδη, και μάλιστα ενισχύοντας το ενδεχόμενο άρνησης του αποκλειστικού διανομέα να προμηθεύει τα προσφερόμενα είδη σε τρίτους ανεξάρτητους διανομείς. Αποτέλεσμα τούτου είναι ο ως άνω όρος να περιορίζει δυσανάλογα τον ανταγωνισμό μεταξύ των ενδιαφερόμενων να συμμετέχουν στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικών φορέων, αποκλείοντας εκ προοιμίου προσφορές που προέρχονται από οικονομικούς φορείς που δε διατηρούν σχέση αποκλειστικής συνεργασίας για τη διανομή των υπό προμήθεια προϊόντων με τις κατασκευάστριες εταιρίες (ΑΕΠΠ 124/2017). Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτός ως βάσιμος ο προσαλλόμενος ως άνω τρίτος λόγος προσφυγής και ως εκ τούτου μη νομίμως τίθεται ο προσαλλόμενος με α/α 7 ειδικός όρος κατά το

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

μέρος που απαιτείται άνευ ετέρου η ύπαρξη σχέση αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ της προμηθεύτριας και κατασκευάστριας εταιρίας για τη διανομή των προσφερόμενων στον υπόψη διαγωνισμό προϊόντων.

20. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ειδικός όρος με α/α 8 με τον οποίο απαιτείται : *«8. Η προμηθεύτρια εταιρία να διαθέτει άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο προσωπικό από την κατασκευάστρια εταιρία (πιστοποίηση έως 2 έτη) για την ασφαλέστερη καθοδήγηση/παρουσίαση των προϊόντων στους χρήστες καθώς και για την υποστήριξη αυτών στα χειρουργεία του Νοσοκομείου πάντα μετά από έγκριση του Δ.Σ. και εξουσιοδοτημένη τεχνική υποστήριξη για πιθανό απαραίτητο συνοδό εξοπλισμό»* είναι παράνομος κατά το μέρος που με αυτόν καθιερώνεται η υποχρέωση της προμηθεύτριας εταιρίας να διαθέτει προσωπικό άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο μόνο από τον εκάστοτε κατασκευαστικό οίκο των προσφερόμενων ειδών. Προς αντίκρουση του λόγου αυτού, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση το προσωπικό που προσφέρει η προμηθεύτρια εταιρία να είναι εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο μόνο από την κατασκευάστρια εταιρία συνιστά ειδικό όρο ο οποίος υπαγορεύεται από την ανάγκη εξασφάλισης της ασφαλέστερης δυνατής καθοδήγησης/παρουσίασης των προϊόντων στους χρήστες τους και της υποστήριξης αυτών στα χειρουργεία του νοσοκομείου. Περαιτέρω, όπως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις απόψεις της, η απαίτηση αυτή πηγάζει από τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 4 και 5 του Ν. 4412/2016 κατά τις οποίες εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τα ελάχιστα επίπεδα τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων και τα κατάλληλα μέσα προς απόδειξη αυτών, με συνέπεια εν προκειμένω σκοπίμως να επιλέγεται η πιστοποίηση/εκπαίδευση του προσφερόμενου προσωπικού από την εκάστοτε κατασκευάστρια εταιρία των υπό προμήθεια προϊόντων, με πιστοποιητικό εκδόσεως των δύο προηγούμενων ετών, καθώς η πρόοδος που έχει επιτευχθεί από πλευράς κατασκευής των υλικών που χρησιμοποιούνται στα νοσοκομεία όπως και από πλευράς ιατρικών μεθόδων/επεμβάσεων που εφαρμόζονται στους ασθενείς είναι αλματώδης.

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

21. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 54 του Ν.4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών..... 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 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης ..... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.....5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Ακόμα, στη

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

διάταξη του άρθρου 80 του Ν. 4412/2106 ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. ....5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Τέλος, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής : «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία, β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολάβος για την

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

εκτέλεση του έργου, γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του, δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας, στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης, ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια, θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολάβος για την εκτέλεση της σύμβασης, ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας, ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

22. Επειδή, από τα οριζόμενα ως άνω συνάγεται ότι, κατά την έννοια του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον προμηθευτή της (υποψήφιο ανάδοχο) ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Για το σκοπό αυτό, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές όπως και σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα και άλλα, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016, πριν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, να ενσωματώνει και στάδιο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, όπου έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν μεταξύ άλλων τα ελάχιστα απαιτούμενα επίπεδα τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αυτή αποτυπώνεται ως η ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, προς απόδειξη της οποίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων, καθιερώνοντας ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου



## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων και περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

23. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : *«1.Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.....».*

24. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο ειδικό όρο με α/α 8 αποτυπώνεται ως ελάχιστο επιθυμητό προσόν, η κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού της υποψήφιας αναδόχου εταιρίας από την κατασκευάστρια εταιρία των προσφερόμενων ειδών, η οποία αποδεικνύεται με πιστοποίηση εκδόσεως των δύο προηγούμενων ετών. Εν προκειμένω, το κριτήριο της κατάλληλης εκπαίδευσης συνίσταται σε ένα συγκεκριμένο επιμέρους στοιχείων, όπως η πιστοποιημένη εκπαίδευση, η τεχνογνωσία, η εμπειρία, και εν τέλει η τεχνική ικανότητα του υποψήφιου αναδόχου (και του προσωπικού που διαθέτει), στοιχεία τα οποία συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, και όχι με την ίδια την προμήθεια και τη συναφή με αυτή υπηρεσία εκπαίδευσης, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως ειδικός όρος-τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση προμήθειας και της συναφούς με αυτή υπηρεσίας, αλλά να συνιστά προφανώς κριτήριο ποιοτικής επιλογής που σχετίζεται με την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

υποψήφιου αναδόχου. 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προς απόδειξη αυτής. Εν προκειμένω, η απαίτηση ο υποψήφιος ανάδοχος να διαθέτει προσωπικό πιστοποιημένο/εκπαιδευμένο απευθείας από την κατασκευάστρια εταιρία των προσφερόμενων προϊόντων για την καθοδήγηση/παρουσίαση αυτών στους χρήστες τους καθώς και για την υποστήριξη αυτών στα χειρουργεία, κρίνεται ότι 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 124/2017). Ενόψει των ανωτέρω βάσιμα προβάλλεται ο τέταρτος λόγος προσφυγής, και ως εκ τούτου κρίνεται ως μη νόμιμος ο προσβαλλόμενος με α/α 8 ειδικός όρος κατά το περιεχόμενο του οποίου απαιτείται η προμηθεύτρια εταιρία να διαθέτει άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο προσωπικό από την κατασκευάστρια εταιρία (με πιστοποίηση έως 2 προηγούμενα έτη).

25. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, απαραδέκτως και δη άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται από την προσφεύγουσα ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής της, ενώ κατά τα λοιπά γίνονται δεκτοί ως νόμιμοι και βάσιμοι ο τρίτος και ο τέταρτος λόγος προσφυγής και ως εκ τούτου η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως προς αυτούς κατά τα αναφερόμενα ως άνω (σκέψεις 15-26).

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 199884388958

## **Αριθμός απόφασης: 406/2018**

0601 0076), ποσού 600,00€ πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τους ειδικούς όρους με α/α 7 και με α/α 8 κατά τους οποίους απαιτείται : *«7. Η προμηθεύτρια εταιρία σε περίπτωση που είναι διαφορετική από την κατασκευάστρια να είναι εξουσιοδοτημένη από την κατασκευάστρια εταιρία για την αποκλειστική διακίνηση των προϊόντων της στα Ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία ώστε να διασφαλίζεται η ορθή και έγκαιρη προμήθεια των προϊόντων στο Νοσοκομείο, η οποία θα γίνεται με την ισχύουσα Νομοθεσία καθώς και η τήρηση όλων των διαδικασιών ιχνηλασιμότητας σε πιθανή ανάκληση/απόσυρση προϊόντος ή μετά από τη συμπλήρωση της «Κάρτας Αναφοράς Περιστατικών Χρηστών Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων λευκή κάρτα» από το χρήστη» και «8. Η προμηθεύτρια εταιρία να διαθέτει άρτια εκπαιδευμένο/πιστοποιημένο προσωπικό από την κατασκευάστρια εταιρία (πιστοποίηση έως 2 έτη) για την ασφαλέστερη καθοδήγηση/παρουσίαση των προϊόντων στους χρήστες καθώς και για την υποστήριξη αυτών στα χειρουργεία του Νοσοκομείου πάντα μετά από έγκριση του Δ.Σ. και εξουσιοδοτημένη τεχνική υποστήριξη για πιθανό απαραίτητο συνοδό εξοπλισμό», όπως αυτοί περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Γ : Τεχνικές Προδιαγραφές της με αριθ. 6/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου [...] για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια Συρραπτικών Εργαλείων Μ.Χ.», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 67.231,70 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α..*

Απορρίπτει την ασκηθείσα Παρέμβαση της εταιρίας [...].

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού 600,00 ευρώ.

**Αριθμός απόφασης: 406/2018**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε στις 24 Μαΐου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Γεωργία Παν. Ντεμερούκα**