

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11/06/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
535/12-6-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Διακήρυξης με αριθμό 7202/2018 & ΑΔΑΜ:
18ΡΡΟΟ003114322 του Ανοικτού Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για
«Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ιατρικού εξοπλισμού και εξοπλισμού
ακριβείας» CPV 50400000-9 για το Γενικό Νοσοκομείο Αιτωλοακαρνανίας
(Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου και Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου),
αριθμός συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: 51607 και κριτήριο κατακύρωσης συμφερότερη
από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής συνολικής
προϋπολογισθείσας Δαπάνης 575.819,16 € χωρίς ΦΠΑ (ένα έτος επί
287.909,58+ ένα έτος ετήσιας παράτασης-προαίρεση) και 714.015,76 €
συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, (357.007,88 X 2 έτη σύμβαση συν παράταση
- προαίρεση αντίστοιχα) για τη Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου, και 202.054,62 €
χωρίς ΦΠΑ (ένα έτος επί 101.027,31 + ένα έτος ετήσιας παράτασης -
προαίρεση) και 250.547,72 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, (125.273,86 X
2 έτη σύμβαση συν παράταση-προαίρεση αντίστοιχα) για τη Νοσηλευτική
Μονάδα Μεσολογγίου.

Αριθμός Απόφασης : 503/2018

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία.....», που εδρεύει στην οδό....., Νέο Ηράκλειο Αττικής, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, να ματαιωθεί ο εν λόγω ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, να επαναπροκηρυχθεί με νόμιμους όρους και να απαλειφθούν οι όροι της, έτσι ώστε να είναι σύμφωνοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και το Νόμο 4412/8-8-2016, το Π.Δ. 60/2007 καθώς και την οδηγία 18/2004.

Με την Παρέμβαση η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας και τη συνέχιση του Διαγωνισμού με τη διατήρηση των προσβαλλόμενων όρων για τους λόγους που εκτίθενται στην παρέμβαση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή δυνάμει της υπ' αριθμ. 7202/2018&ΑΔΑΜ: 18PROC003114322 Διακήρυξης προκηρύχθηκε Ανοικτός Διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για «Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ιατρικού εξοπλισμού και εξοπλισμού ακριβείας» CPV 50400000-9 για το Γενικό Νοσοκομείο Αιτωλοακαρνανίας (Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου και Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου), συνολικής προϋπολογισθείσας Δαπάνης 575.819,16 € χωρίς ΦΠΑ (ένα έτος επί 287.909,58+ ένα έτος ετήσιας παράτασης - προαίρεση) και 714.015,76 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, (357.007,88 X 2 έτη σύμβαση συν παράταση -προαίρεση αντίστοιχα) για τη Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου, και 202.054,62 € χωρίς ΦΠΑ (ένα έτος επί 101.027,31+ ένα έτος ετήσιας παράτασης - προαίρεση) και 250.547,72 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, (125.273,86 X 2 έτη σύμβαση συν παράταση - προαίρεση αντίστοιχα) για τη Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου, με κριτήριο

Αριθμός Απόφασης : 503/2018

κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη στις 11/6/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε κάθε ενδιαφερόμενο, νομίμως και εμπροθέσμως μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω διακήρυξης ζητώντας να ακυρωθούν κάποιοι όροι της.

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως δραστηριοποιούμενη στην εν λόγω σχετική αγορά και προτιθέμενη βασίμως να συμμετάσχει στον επίδοκο διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο μέτρο που οι προσβαλλόμενοι όροι δύνανται ενδεχομένως να επηρεάσουν ουσιωδώς την συμμετοχή της σε αυτόν. Συναφώς το αυτό ισχύει και για την Παρεμβαίνουσα.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι « *Οι τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές αποτυπώνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΕΝΟΤΗΤΑ 2 της Διακήρυξης με αριθμό 7202/2018, του εν λόγω διαγωνισμού, για τη Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου είναι άκρως ΠΑΡΑΝΟΜΟΙ, σε αντίθεση με τις αντίστοιχες τεχνικές προδιαγραφές της ίδιας διακήρυξης του ίδιου διαγωνισμού που αφορούν τη Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου, οι οποίες είναι νόμιμες όπως ορίζει και επιτάσσει η νομοθεσία και οι κανονισμοί. Έτσι καταρχήν τονίζουμε το ανωτέρω εξής παράδοξο του διαγωνισμού, οι τεχνικές προδιαγραφές για την επισκευή και συντήρηση των Ιατρικών Μηχανημάτων της Νοσηλευτικής Μονάδας Αγρινίου να είναι διαφορετικές από τις τεχνικές προδιαγραφές για την επισκευή και συντήρηση των Ιατρικών Μηχανημάτων της Νοσηλευτικής Μονάδας Μεσολογγίου, και η διαφοροποίηση αυτών να αφορούν στη χρήση τεχνικών προδιαγραφών παράνομων και άκρως φωτογραφικών από τη Ν.Μ. Αγρινίου. II. 1. Η παράνομοι όροι 13 και 15.1 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης της Νοσηλευτικής Μονάδας Αγρινίου. Οι κάτωθι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης της Νοσηλευτικής Μονάδας Αγρινίου : II.1.1.) Όρος 13. (ΕΝΟΤΗΤΑ 2. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ Ι.Ν.Μ. ΑΓΡΙΝΙΟΥ ΠΙΝΑΚΑΣ 1: ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ), σελίδα 41: «13 (αφορά όλα τα μηχανήματα) Ο ανάδοχος υποχρεούται να εγκαθιστά τις νέες ενημερώσεις λογισμικού βεβαιώσεις λειτουργίας των μηχανημάτων, να είναι ικανός να ενημερώνει για τις βελτιώσεις όπως αυτές προτείνονται από τον κατασκευαστικό οίκο, να εφαρμόζει τις ενημερωτικές οδηγίες του κατασκευαστή και να παρέχει τις υποχρεωτικές και ασφαλείας αναβαθμίσεις χωρίς επιπλέον κόστος για το Νοσοκομείο. Να κατατεθούν τα σχετικά πιστοποιητικά από τον*

κατασκευαστικό οίκο.».

II.1.2.) Όρος 15.1 (ΕΝΟΤΗΤΑ 2.ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ I.N.M. ΑΓΡΙΝΙΟΥ ΠΙΝΑΚΑΣ 1: ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ), σελίδα 42: «15.1 (αφορά όλα τα μηχανήματα) Κατάλογος του τεχνικού προσωπικού της εταιρείας, με αντίστοιχες καταστάσεις της επιθεώρησης εργασίας και με τα σχετικά πιστοποιητικά εκπαίδευσης στο συγκεκριμένο μοντέλο από τον κατασκευαστικό οίκο, κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία το μέγιστο παρόμοιου έργου σε δημόσια ή ιδιωτικά Νοσοκομεία, συνοδευόμενος με πιστοποιητικά ή βεβαιώσεις ορθής εκτέλεσης στην ελληνική γλώσσα, ή με μετάφραση όπου απαιτείται. Να υπάρχουν τουλάχιστον 2 εκπαιδευμένοι τεχνικοί στο συγκεκριμένο μοντέλο για λόγους επάρκειας προσωπικού για την τυχόν αντιμετώπιση βλαβών.».

Οι ανωτέρω όροι είναι αντίθετοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και με τον Νόμο 4412/8-8-2016, που ενσωμάτωσε την ευρωπαϊκή οδηγία και που διέπει και τον παρόντα διαγωνισμό. Η απαίτηση προσκόμισης βεβαιώσεων από την κατασκευάστρια εταιρεία, αντιβαίνει στο δίκαιο του ανταγωνισμού, αλλά και στη Νομοθεσία περί Προμηθειών του Δημοσίου, καθώς προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικής σχέσης του υποψήφιου συντηρητή με τον κατασκευαστικό οίκο, ανάγοντας έτσι την (αυθαίρετη) βούληση του κατασκευαστικού οίκου (εάν λχ θα παρέχει εκπαίδευση ή βεβαίωση) σε προϋπόθεση συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό. Μάλιστα στο άρθρο 48 της οδηγίας 18/2004, καθώς και στο όμοιο άρθρο 46 του π.δ. 60/2007, που ενσωμάτωσε την ως άνω οδηγία στην ελληνική έννομη τάξη, απαριθμούνται περιοριστικά τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας του αναδόχου. Τα μόνα πιστοποιητικά που απαριθμούνται στο άρθρο 48 είναι πιστοποιητικά από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου ποιότητας και σε καμιά περίπτωση δεν προβλέπεται η προσκομιδή πιστοποιητικών από κατασκευαστικούς οίκους».

11. Επειδή εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος 15.2. των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης της Νοσηλευτικής Μονάδας Αγρινίου, (ΕΝΟΤΗΤΑ 2.ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΜΗΜΑ 1:ΝΜ. ΑΓΡΙΝΙΟΥ ΠΙΝΑΚΑΣ 1: ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ), σελίδα 42 της

διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο: «15.2 (αφορά όλα τα μηχανήματα) Βεβαίωση-πιστοποιητικό του κατασκευαστικού οίκου για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης είναι παράνομος διότι αναφορικά με τον όρο αυτό που αναφέρεται σε Βεβαιώσεις-πιστοποιητικά από οίκους, για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών θα θέλαμε να τονίσουμε τα κάτωθι: Ο όρος περί Βεβαιώσεων–πιστοποιητικών απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών από τον κατασκευαστικό οίκο, υποθάλλει και ευνοεί την εφαρμογή περιοριστικών του ανταγωνισμού πρακτικών εκ μέρους του κατασκευαστή και των αντιπροσώπων του που παρεμποδίζουν τις τυχόν παράλληλες εισαγωγές-προμήθειες ανταλλακτικών στην ελληνική αγορά και την ελεύθερη επιλογή της πηγής προμήθειας ανταλλακτικών εκ μέρους της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό επιχείρησης, με σκοπό και αποτέλεσμα τη στεγανοποίηση της σχετικής ελληνικής αγοράς των ανταλλακτικών, καθώς και αυτής της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων. Υποχρεώνει δηλαδή εμμέσως πλην σαφώς ο εν λόγω όρος της διακήρυξης την ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον διαγωνισμό επιχείρηση να προμηθεύεται ανταλλακτικά από συγκεκριμένη πηγή προμήθειας (ήτοι τον κατασκευαστή), άλλως δεν θα έχει την δυνατότητα να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Ο περιορισμός αυτός του ανταγωνισμού, έστω και αν αποδίδεται σε κρατικό μέτρο (τον όρο της διακήρυξης εν προκειμένω) ελέγχεται αφού ευνοεί και υποθάλλει περιοριστικές του ανταγωνισμού πρακτικές και παρεμποδίζει την δυνατότητα του παράλληλου εμπορίου, καθώς επιτρέπει στον κατασκευαστή και τον τυχόν αντιπρόσωπο του αποκλειστικό ή μη να ελέγχουν την συγκεκριμένη αγορά και να παρεμποδίζουν την είσοδο και παραμονή στην εν λόγω αγορά σε τρίτες επιχειρήσεις, που όμως για τον οποιοδήποτε λόγο δεν είναι συμβεβλημένες με τον κατασκευαστή ή τον αντιπρόσωπο του και σε κάθε περίπτωση αναζητούν (ως έχουν το σχετικό δικαίωμα) πλέον συμφέρουσες πηγές προμήθειας ανταλλακτικών στα πλαίσια του παράλληλου εμπορίου. Ο τυχόν επιδιωκόμενος σκοπός γενικού

συμφέροντος (ήτοι αυτός της απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών εκ μέρους του αναδειχθησομένου αναδόχου) μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με την ανάληψη ευθύνης εκ μέρους της ενδιαφερόμενης επιχείρησης ότι θα έχει διαθεσιμότητα ανταλλακτικών είτε μέσω μιας υπεύθυνης δήλωσης της ή μέσω πιστοποιητικού του αναγκαίου αποθέματος για τις ανάγκες εξυπηρέτησης του διαγωνισμού. Συνεπώς ο εν λόγω όρος της διακήρυξης είναι μη νόμιμος και άκυρος». Συναφώς η Προσφεύγουσα σημειώνει ότι «Επιπλέον σχετικά με τον όρο 13 της διακήρυξης (σελίδα 41) πέραν των λόγων που αναφέραμε ανωτέρω οι οποίοι τον καθιστούν παράνομο, επισημαίνουμε και τα εξής: Ο εν λόγω όρος δεν πρέπει να απαιτεί τίποτα παραπάνω από το να γίνονται οι βελτιώσεις και οι μετατροπές από τον ανάδοχο χωρίς κόστος για το κάθε Νοσοκομείο. Σύμφωνα με την εθνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία, η ευθύνη του κατασκευαστή να παρέχει απρόσκοπτα προς τον χρήστη του μηχανήματος όλες τις αναγκαίες πληροφορίες (αναβαθμίσεις, βελτιώσεις κλπ) των μηχανημάτων, ώστε να εξασφαλίζεται η σωστή τους λειτουργία. Τούτο, δε, οφείλει να πράττει απαραίτητα ο κατασκευαστής, προκειμένου να διατίθεται νομίμως το ιατροτεχνολογικό του προϊόν (μηχάνημα) εντός της ΕΕ. Γι' αυτό ακριβώς σύμφωνα με τις κοινοτικές οδηγίες, μετά την 12η Ιουλίου 1998, όλα τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα που παράγονται ή διακινούνται στα κράτη μέλη της ΕΕ, θα πρέπει να φέρουν την σήμανση CE, δεικνύοντας τη συμμόρφωση του κατασκευαστή με τις επιταγές της ευρωπαϊκής νομοθεσίας. Οράτε Οδηγία 42/1993, η οποία έχει ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη με την Υπουργική Απόφαση ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ. 130648 (ΦΕΚ Β' 2198 2009), όπου ορίζεται ότι ο κατασκευαστής ιατροτεχνολογικών μηχανημάτων υποχρεούται στην παροχή οδηγιών χρήσης, μεταξύ των οποίων «όλες τις πληροφορίες που επιτρέπουν να ελεγχθεί κατά πόσον το προϊόν είναι ορθώς εγκατεστημένο και απορεί να λειτουργήσει σωστά και εν πάση ασφαλεία, καθώς και τις ενδείξεις σχετικά με τη φύση και τη συχνότητα των αναγκαίων εργασιών συντήρησης και ρύθμισης ώστε να εξασφαλίζεται πάντοτε η καλή λειτουργία και η ασφάλεια των προϊόντων» (άρ. 13 παρ. 6, δ')».

12. Επειδή, έτι περαιτέρω η Προσφεύγουσα σημειώνει με έμφαση, ότι «Αναφορικά με τον όρο αυτό που αναφέρεται σε Βεβαιώσεις - πιστοποιητικά από κατασκευαστικούς οίκους, για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών θα θέλαμε να τονίσουμε τα κάτωθι: Ο όρος περί Βεβαιώσεων-πιστοποιητικών απρόσκοπτης προμήθειας ανταλλακτικών από τον κατασκευαστικό οίκο, υποθάλπει και ευνοεί την εφαρμογή περιοριστικών του ανταγωνισμού πρακτικών εκ μέρους του κατασκευαστή και των αντιπροσώπων του που παρεμποδίζουν τις τυχόν παράλληλες εισαγωγές-προμήθειες ανταλλακτικών στην ελληνική αγορά και την ελεύθερη επιλογή της πηγής προμήθειας ανταλλακτικών εκ μέρους της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό επιχείρησης, με σκοπό και αποτέλεσμα τη στεγανοποίηση της σχετικής ελληνικής αγοράς των ανταλλακτικών, καθώς και αυτής της συντήρησης και επισκευής των μηχανημάτων. Υποχρεώνει δηλαδή εμμέσως πλην σαφώς ο εν λόγω όρος της διακήρυξης την ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον διαγωνισμό επιχείρηση να προμηθεύεται ανταλλακτικά από συγκεκριμένη πηγή προμήθειας (ήτοι τον κατασκευαστή), άλλως δεν θα έχει την δυνατότητα να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Ο περιορισμός αυτός του ανταγωνισμού, έστω και αν αποδίδεται σε κρατικό μέτρο (τον όρο της διακήρυξης εν προκειμένω) ελέγχεται αφού ευνοεί και υποθάλπει περιοριστικές του ανταγωνισμού.

13. Επειδή η αναθέτουσα με τις νόμιμα κατατεθειμένες και εμπρόθεσμες απόψεις προς την ΑΕΠΠ υποστηρίζει ότι «Με την εν λόγω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές αποτυπώνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΕΝΟΤΗΤΑ 2 της Διακήρυξης με αριθμό 7202/2018 είναι άκρως παράνομοι, όσον αφορά τη νοσηλευτική μονάδα Αγρινίου και ειδικότερα ότι οι όροι 13.2 και 15.1, ως αντίθετοι με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ και με τον νόμο 4412/2016 είναι παράνομοι, καθόσον ζητούνται πιστοποιητικά εκπαίδευσης στα υπό ανάθεση συντήρησης μηχανήματα από τον κατασκευαστικό οίκο. Οι τεχνικές προδιαγραφές για τη συντήρηση που αφορά τα μηχανήματα του ιατρικού εξοπλισμού και εξοπλισμού

ακριβείας διαμορφώνονται σε συμμόρφωση προς την κείμενη νομοθεσία και με γνώμονα την αυξημένη ανάγκη διασφάλισης ότι ο ανάδοχος συντηρητής θα έχει τις απαιτούμενες γνώσεις και την κατάλληλη εκπαίδευση και εμπειρία για να πραγματοποιήσει με ασφάλεια τις σχετικές εργασίες συντήρησης, δεδομένου ότι τα ως άνω ιατρικά μηχανήματα αποτελούν ιδιαίτερη κατηγορία μηχανημάτων και δη ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό, ο οποίος μάλιστα υποστηρίζει σε κρίσιμους χρόνους τη ζωή των ασθενών (όπως σε χειρουργεία κ.λπ.). Στα πλαίσια αυτά είναι αναγκαία η πλήρης συμμόρφωση με τις οδηγίες και τις κατευθύνσεις του κατασκευαστή, ώστε η πραγματοποιούμενη συντήρηση να είναι αξιόπιστη και φερέγγυα και να εξασφαλίζει την ορθή λειτουργία του κάθε αναισθησιολογικού μηχανήματος και κατ' επέκταση την υγεία των ασθενών». Εξάλλου, συνεχίζει η αναθέτουσα αρχή όπως ακριβώς αποσκοπεί να ρυθμίσει το άρθρο 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα». Εν προκειμένω και δεδομένου ότι πρόκειται για εξειδικευμένα ιατρικά μηχανήματα ισχύει η Απόφαση Υ40/3592/96 «Καθορισμός (ελαχίστων) ορίων προδιαγραφών για Ασφαλή Χορήγηση Αναισθησίας» του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας (ΦΕΚ Β' 1044/25.11.1997) με την οποία καθορίζονται τα ελάχιστα όρια προδιαγραφών για την ασφαλή χορήγηση αναισθησίας. Σύμφωνα με το άρθρο 5 με τίτλο «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» της ως άνω Απόφασης ορίζεται υπό στοιχείο 5.3.1. ως απαραίτητη προϋπόθεση για την ασφαλή λειτουργία του αναισθησιολογικού εξοπλισμού σε νοσοκομεία μεταξύ άλλων η «Προληπτική συντήρηση του μηχανήματος αναισθησιολογικού εξοπλισμού ανά τακτά διαστήματα από εκπαιδευμένους τεχνικούς του νοσοκομείου ή της κατασκευάστριας εταιρείας σύμφωνα με τις οδηγίες του κατασκευαστή και την

πρακτική του κάθε τμήματος». Συνεπώς, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν θίγουν τον ανταγωνισμό, αλλά επιβάλλονται από τη σχετική νομοθεσία και το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Στα πλαίσια αυτά οι τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπουν ότι: «Η συντήρηση θα διεξάγεται από συντηρητή εξουσιοδοτημένο και πιστοποιημένο από τον κατασκευαστή οίκο. Ο ανάδοχος να είναι εξουσιοδοτημένος και πιστοποιημένος από τον κατασκευαστή οίκο καθώς επίσης να είναι σε θέση να εφαρμόζει τις ενημερωμένες οδηγίες του κατασκευαστή, τις ενημερώσεις και τις διορθωτικές ενέργειες» συνιστούν την ελάχιστη αναγκαία τεχνικά και επιβεβλημένη νομικά προϋπόθεση για να διασφαλισθεί ότι ο ανάδοχος θα διαθέτει την απαραίτητη ενημέρωση ως προς τις τεχνικές αναβαθμίσεις-διαφοροποιήσεις των προς συντήρηση μηχανημάτων, ως προς τις ανακλήσεις προϊόντων και ειδών κ.λπ., καθώς και την πιστοποιημένη τεχνική ικανότητα-προηγούμενη εμπειρία συντήρησης των συγκεκριμένων προς συντήρηση μοντέλων και, τέλος, ότι θα μπορεί να προμηθευθεί τα πιστοποιημένα και κατάλληλα για την ορθή λειτουργία του μηχανήματος ανταλλακτικά. Συγκεκριμένα, οι οδηγίες του κατασκευαστή δεν είναι πάγιες από την εποχή που κατασκευάστηκαν τα μηχανήματα αλλά υπόκεινται σε συνεχείς βελτιώσεις-αναβαθμίσεις-τροποποιήσεις κατόπιν σχετικών ερευνών. Οι βελτιώσεις καθώς και τα αποτελέσματα των ερευνών γνωστοποιούνται άμεσα στους εξουσιοδοτημένους από τον κατασκευαστή συντηρητές και προμηθευτές και εφαρμόζονται υποχρεωτικώς προκειμένου η συντήρηση των μηχανημάτων να συμμορφώνεται με αυτά και να διασφαλίζεται η ορθή λειτουργία των μηχανημάτων. Το ίδιο ισχύει και για τα υλικά συντήρησης, ανταλλακτικά κ.λπ. τα οποία συνεχώς βελτιώνονται και αλλάζουν. Συνεπώς, επιβάλλεται για λόγους δημόσιου συμφέροντος ο υποψήφιος ανάδοχος συντηρητής ή προμηθευτής να είναι εξουσιοδοτημένος από τον κατασκευαστικό οίκο, έτσι ώστε να υπάρχουν οι αναγκαίες εγγυήσεις ότι συμμορφώνεται με τις επικαιροποιημένες οδηγίες του κατασκευαστή, προκειμένου να αποφεύγονται τυχόν επεμβάσεις που δύνανται να προκαλέσουν βλάβες-δυσλειτουργίες στα μηχανήματα θέτοντας σε κίνδυνο τη ζωή των ασθενών. Περαιτέρω, η ως άνω διατυπωθείσα τεχνική προδιαγραφή

είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας, τόσο ως προς τη νομιμότητα του σκοπού της ρύθμισης, την προσφορότητα και την αναγκαιότητα των μέσων, δεδομένου ότι κάθε οικονομικός φορέας δύναται να λάβει έπειτα από την απαιτούμενη εκπαίδευση τις σχετικές πιστοποιήσεις από τον κατασκευαστικό οίκο και να λαμβάνει διαρκή ενημέρωση σχετικά με τις τεχνικές απαιτήσεις των ιατρικών μηχανημάτων και μόνιτορς. Με τις ανωτέρω επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω διακήρυξης ζητούνται γνήσια ανταλλακτικά, πιστοποιημένα από τον κατασκευαστικό οίκο του μηχανήματος και βεβαίωση εκπαίδευσης τεχνικών από τον κατασκευαστικό οίκο του μηχανήματος».

14. Επειδή συνεχίζοντας η αναθέτουσα αρχή ο όρος "αποκλειστικότητα" δεν υφίσταται πλέον για τις εταιρίες, το εργοστάσιο κατασκευής (κατασκευαστικός οίκος) υποχρεούται βάσει ευρωπαϊκής νομοθεσίας να πουλήσει σε αυτόν (στην προκειμένη περίπτωση εταιρία προμήθειας ή/και συντήρησης ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού) που θα του ζητήσει πιστοποιημένα ανταλλακτικά. Διαφορετικά, αν δεν το πράξει, επεμβαίνει η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ακόμα κι αν ο κατασκευαστικός οίκος έχει επίσημο αντιπρόσωπο στην Ελλάδα, ο αντιπρόσωπος οφείλει να πουλήσει το προϊόν που θα του ζητηθεί. Είναι παράνομο να αρνηθεί. Όσον αφορά τις βεβαιώσεις-πιστοποιητικά εκπαίδευσης, ο κατασκευαστικός οίκος μπορεί να εκπαιδεύσει μηχανικό (ως επί το πλείστον βιοϊατρικό ή ηλεκτρονικό) διότι δεν υπάρχει νόμος που να του απαγορεύει να μην το πράξει. Τουλάχιστον για τα ιατροτεχνολογικά μηχανήματα που είναι κρίσιμα όπως αναισθησιολογικά (Χειρουργεία), αναπνευστήρες (Μονάδα Εντατικής Θεραπείας) και αιμοκάθαρσης (Μονάδα Τεχνητού Νεφρού) είναι επιτακτική η ανάγκη των όρων διότι κατά τη λειτουργία τους στηρίζουν ανθρώπινη ζωή και κατά συνέπεια, επιβάλλεται εκ λόγω δημοσίου συμφέροντος να ζητούνται με την διακήρυξη οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές. Εξάλλου, σύμφωνα με τη νομοθεσία περί ανταγωνισμού, ο οποιοσδήποτε θελήσει μπορεί να εκπαιδευτεί στο μοντέλο μηχανήματος του οποιουδήποτε κατασκευαστικού οίκου και φυσικά ο κατασκευαστής δεν μπορεί να απαγορεύσει την

εκπαίδευση μηχανικού οποιασδήποτε άλλης εταιρίας. Η προσφεύγουσα που ενδιαφέρεται για το σύστημα επεξεργασίας νερού της MTN της Ν.Μ.Αγρινίου και για το οποίο διαμαρτύρεται ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές του, δεν μπορεί να επηρεάσει έναν ολόκληρο διαγωνισμό για τον οποίο καμία άλλη εταιρία δεν έχει καταθέσει ενστάσεις ούτε καν κατά τις 2 δημόσιες διαβουλεύσεις, λαμβανομένου υπόψη και του γεγονότος ότι η διαδικασία επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού είναι πολύ χρονοβόρα με ό,τι αυτό συνεπάγεται για την δημόσια υγεία».

15. Επειδή, η Παρεμβαίνουσα με την νομίμως κατατεθειμένη και εμπρόθεσμη Παρέμβαση της ενώπιον της ΑΕΠΠ σημειώνει, ότι «Με την προδικαστική της προσφυγή, η εταιρεία «.....» υπαινίσσεται ότι τάχα οι τεχνικές προδιαγραφές 13, 15.1, 15.2, έχουν τεθεί φωτογραφικώς από τη Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου και σε αντίθεση προς όσα επιτάσσει η κείμενη νομοθεσία. Ειδικότερα, το περιεχόμενο των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών έχει ως ακολούθως: «13. (αφορά όλα τα μηχανήματα): Ο ανάδοχος υποχρεούται να εγκαθιστά τις νέες ενημερώσεις λογισμικού (software updates) λειτουργίας των μηχανημάτων, να είναι ικανός να ενημερώνει για τις βελτιώσεις όπως αυτές προτείνονται από τον κατασκευαστικό οίκο, να εφαρμόζει τις ενημερωτικές οδηγίες του κατασκευαστή και να παρέχει τις υποχρεωτικές και ασφαλείας αναβαθμίσεις χωρίς επιπλέον κόστος για το Νοσοκομείο. Να κατατεθούν τα σχετικά πιστοποιητικά από τον κατασκευαστικό οίκο. «15.1 (αφορά όλα τα μηχανήματα) Να κατατεθούν επί ποινή απόρριψης για την Τεχνική Ικανότητα του Αναδόχου τα παρακάτω: «Ο ανάδοχος υποχρεούται να εγκαθιστά τις νέες ενημερώσεις λογισμικού (software updates) λειτουργίας των μηχανημάτων, να είναι ικανός να ενημερώνει για τις βελτιώσεις όπως αυτές προτείνονται από τον κατασκευαστικό οίκο, να εφαρμόζει τις ενημερωτικές οδηγίες του κατασκευαστή και να παρέχει τις υποχρεωτικές και ασφαλείας αναβαθμίσεις χωρίς επιπλέον κόστος για το Νοσοκομείο. Να κατατεθούν τα σχετικά πιστοποιητικά από τον κατασκευαστικό οίκο.». «15.2 (αφορά όλα τα μηχανήματα) Βεβαίωση-πιστοποιητικό του κατασκευαστικού

οίκου για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων γνήσιων και καινούργιων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις των μηχανημάτων καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης....». Στο πλαίσιο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα μετ' επιτάσεως επιχειρηματολογεί κατά των συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, γεγονός το οποίο τελεί σε ευθεία αντίφαση προς όσα έχει ισχυριστεί η εν λόγω εταιρεία στο πλαίσιο έτερων δημόσιων διαγωνισμών, όπου με ζέση διατεινόταν υπέρ του κύρους τεχνικών προδιαγραφών με αντίστοιχο περιεχόμενο». Επίσης σημειώνει ότι «Η προσφεύγουσα προβάλλει αναληθώς και παρελκυστικώς, ότι η μεν υπ' αριθμ. 04/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων (Σχετικό 8 προσφεύγουσας) επιβεβαίωσε το σκεπτικό της υπ' αριθμ. 124/2017 αποφάσεως της ΑΕΠΠ (Σχετικό 6 προσφεύγουσας), καθώς και ότι η υπ' αριθμ. Ν5/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (Σχετικό 9 προσφεύγουσας) επιβεβαίωσε το σκεπτικό της υπ' αριθμ. 124/2017 αποφάσεως της ΑΕΠΠ (Σχετικό 7 προσφεύγουσας). Ουδέν αναληθέστερο τούτου, καθότι και στις δύο ως άνω υποθέσεις, οι εκδοθείσες αποφάσεις απέρριψαν τις αντίστοιχες αιτήσεις αναστολής της εταιρείας μας λόγω μη αποδείξεως (κατά την κρίση των Δικαστηρίων) συνδρομής βλάβης και δεν υπεισήλθαν στην εξέταση της ουσίας των κρινόμενων αντικειμένων της αχθείσης ενώπιον τους διαφοράς. Κατά συνέπεια, ουδεμία κρίση στο πλαίσιο των προ-αναφερθέντων αποφάσεων των ανωτέρω Διοικητικών Εφετείων δεν υφίσταται, που να κατατείνει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι περί προσκόμισης πιστοποιητικών εκπαίδευσης και βεβαιώσεων από τον κατασκευαστικό οίκο δεν τίθεται νομίμως και δεν τελεί σε συμμόρφωση προς τις επιταγές της κείμενης νομοθεσίας. Αντιθέτως, όπως έχει τονίσει η εταιρεία μας στο πλαίσιο των δύο ανωτέρω αντιδικιών, η Οδηγία 2014/24ΕΕ και ο Νόμος 4412/2016 που την ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη, ουδόλως απαγορεύουν στις Αναθέτουσες Αρχές, να εισάγουν τέτοιου είδους κριτήρια επιλογής προς απόδειξη της τεχνικής επάρκειας των υποψήφιων αναδόχων, ιδίως όταν τούτο επιβάλλεται από το αντικείμενο του Διαγωνισμού». Τέλος η Παρεμβαίνουσα σημειώνει ότι «ειδικώς δε για τον προσβαλλόμενο όρο 13 αναφορικά με την

εγκατάσταση των ενημερώσεων λογισμικού, αναβαθμίσεων, βελτιώσεων, επικαιροποιήσεων του κατασκευαστή, τονίζεται με έμφαση, ότι αντιθέτως προς όσα ισχυρίζεται η....., τόσο η Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου (όρος 13 τεχνικών προδιαγραφών), όσο και η Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου (όρος 13 τεχνικών προδιαγραφών) αναφέρονται σε ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ του οικονομικού φορέα να τις εγκαθιστά, όπως προκύπτει από απλή και μόνο ανάγνωση των συγκεκριμένων αντιπαραβαλλόμενων όρων. Κατά συνέπεια, δεν αποτελεί ευχέρεια αλλά υποχρέωση του εκάστοτε συντηρητή να είναι σε θέση να εγκαθιστά τις συγκεκριμένες ενημερώσεις, αναβαθμίσεις, επικαιροποιήσεις, υποχρέωση την οποία ηδεν πληροί σε κάθε περίπτωση όπως προκύπτει από την προσφυγή της, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι δε διαθέτει και την αντίστοιχη πιστοποίηση, όπως ορθώς και νομίμως ζητείται από τη Ν.Μ. Αγρινίου. Εκ της ανωτέρω αναλύσεως, προκύπτει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της επίδικης Διακηρύξεως έχουν τεθεί απολύτως νόμιμα, τελούν σε πλήρη συμμόρφωση προς την κείμενη νομοθεσία και αποσκοπούν αποκλειστικά και μόνο στη διασφάλιση της ορθής και απρόσκοπτης λειτουργίας των προς συντήρηση μηχανημάτων τεχνητού νεφρού της Ν.Μ. Αγρινίου».

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

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

17. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και

χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 80 του Ν. 4412/2106 ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις

παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Τέλος, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής : «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν 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 εκτελέστηκαν 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 εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία, β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολάβος για την εκτέλεση του έργου, γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας

για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του, δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που 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».

18. 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. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

19. Επειδή, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ήτοι συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον προμηθευτή της (υποψήφιο ανάδοχο) ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Προς τούτο δε, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών

προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, σε κάθε 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.

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

21. Επειδή, ειδικά με τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981).

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

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

24. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο όρο, υπ' αριθμ. 13 της σχετικής διακήρυξης αποτυπώνεται η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής το προσωπικό του υποψήφιου αναδόχου να προβαίνει σε όλες τις διαθέσιμες τελευταίες αναβαθμίσεις του λογισμικού λειτουργίας του υπό συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού. Η ικανοποίηση της ως άνω απαίτησης προϋποθέτει ότι το προσωπικό που θα διαθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών πρέπει να είναι κατάλληλα καταρτισμένο, να φέρει την απαραίτητη τεχνογνωσία άλλως την απαραίτητη εμπειρία, ώστε να δύναται να ανταποκριθεί στην προαπαιτούμενη ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού του υπό συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού στην εκάστοτε τελευταία έκδοσή του. Με άλλα λόγια, η προσβαλλόμενη απαίτηση, αν και τίθεται ως γενική τεχνική προδιαγραφή, κατ' ουσίαν αφορά στην επιθυμητή τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, η οποία εν προκειμένω συνίσταται στην τεχνική γνώση της αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του ιατρικού εξοπλισμού στην τελευταία του έκδοση, και όχι ως χαρακτηριστικό που σχετίζεται αμιγώς με την υπό ανάθεση υπηρεσία συντήρησης.

25. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, στο μέτρο που ο προσβαλλόμενος όρος, παρότι φέρεται ως τεχνική προδιαγραφή, συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, δέον να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα κατάλληλα και ανάλογα μέσα απόδειξης από τα αναφερόμενα στη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή παραπέμπει στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της

Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Προς τούτο εύλογα αξιώνεται στους όρους της διακήρυξης, ο υποψήφιος ανάδοχος να βεβαιώνει τη δυνατότητα αναβάθμισης του λογισμικού των συντηρούμενων ιατρικών μηχανημάτων. Εν προκειμένω, κατά το μέρος που η κριθείσα τεχνική ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του συντηρούμενου εξοπλισμού απαιτείται να πιστοποιείται μόνον με βεβαίωση του αντίστοιχου κατασκευαστικού οίκου του εξοπλισμού, κρίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, επιλέγει χωρίς κατάλληλο και πρόσφορο δικαιολογητικό λόγο, ένα απολύτως εξειδικευμένο μέσο απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, αν και αυτή θα μπορούσε να αποδεικνύεται και με άλλα μέσα που δε συνδέονται αποκλειστικά με τον κατασκευαστικό οίκο του συντηρούμενου ιατρικού εξοπλισμού, όπως για παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης υπηρεσιών αναβάθμισης λογισμικού λειτουργίας αντίστοιχου εξοπλισμού.

26. Επειδή, εξάλλου, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, στο πλαίσιο εφαρμογής προϊσχύουσας διάταξης του π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου» για το αυτό ζήτημα, αν ο συμμετέχων στο διαγωνισμό δεν κατασκευάζει ο ίδιος τα προσφερόμενα είδη σε δικό του εργοστάσιο, τα οποία θα τεθούν στη διάθεσή του μέσω ενδιάμεσου προσώπου, ενεργούντος ως εμπορικού αντιπροσώπου, πράκτορα ή διανομέα του κατασκευαστικού οίκου, απαιτείται, επί ποινή απαραδέκτου, η υποβολή δήλωσης από τον προσφέροντα για την επιχειρηματική μονάδα που θα κατασκευαστούν τα υπό προμήθεια είδη καθώς και για τον τόπο εγκατάστασής της, και η υποβολή υπεύθυνης δήλωσής του ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος, ενώ στην περίπτωση του ενδιάμεσου προσώπου απαιτείται υποβολή δήλωσης του προσφέροντος, ότι το ενδιάμεσο πρόσωπο έχει αποδεχθεί έναντι του την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, εφ' όσον όμως η εξουσία του

Αριθμός Απόφασης : 503/2018

ενδιάμεσου προσώπου να δεσμεύει, με δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου του, τον κατασκευαστή οίκο, πιστοποιείται από στοιχεία, υποβαλλόμενα με την προσφορά, επί ποινή απαραδέκτου αυτής (ΣΤΕ Ολ 1212/2007, ΣΤΕ 3889/2002, ΣΤΕ ΕΑ 14/2004, ΓΝΜΔ ΝΣΚ 399/2008). Επομένως, στην περίπτωση προμήθειας των προσφερόμενων ειδών μέσω εμπορικού αντιπροσώπου, που λειτουργεί ως διανομέας των προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου, κρίσιμα στοιχεία αποτελούν αφενός η δήλωση του προσφέροντα ότι ο αποκλειστικός διανομέας έχει δεσμευθεί ως προς την προμήθεια των προσφερόμενων ειδών και αφετέρου επίσημα έγγραφα που αποδεικνύουν τη σχέση αντιπροσώπευσης μεταξύ διανομέα και κατασκευαστικού οίκου. Συνεπώς ο συγκεκριμένος όρος τυγχάνει ακυρωτέος.

27. Επειδή, ως προς τον προσβαλλόμενο όρο 15.1, 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 του), στοιχεία τα οποία συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως γενική τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση υπηρεσίας.

28. Επειδή, με τον όρο 15.2 της διακήρυξης, απαιτείται προς απόδειξη της φερόμενης ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, ο υποψήφιος ανάδοχος να φέρει πιστοποιητικό εκπαίδευσης και να είναι εξουσιοδοτημένος για την παροχή των υπηρεσιών συντήρησης του συγκεκριμένου τύπου μηχανήματος από τον κατασκευαστικό οίκο αυτού. Όμως, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα παραπάνω, ο προσβαλλόμενος όρος τέθηκε εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής της παρεχόμενης υπηρεσίας, υποκρύπτοντας προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, και δη την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, δέον κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να επιλέγονται και τα αντίστοιχα, κατάλληλα και ανάλογα μέσα προς απόδειξη αυτής, από αυτά που αναφέρονται

στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εν προκειμένω, η απαίτηση το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του ιατρικού εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης κρίνεται ότι υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής του ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης εκπαίδευσης, όπως για παράδειγμα πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου, απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών.

29. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, κρίνονται αμφότεροι ως μη νόμιμοι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης στο μέτρο που αποκλείεται εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται τα προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο αποκλειστικό διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών, ακόμα κι αν η σχέση εμπορικής αντιπροσώπευσης ήταν ενεργή σε πρότερο χρόνο και συνεπώς ο διαγωνιζόμενος, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, έχει ήδη προμηθευτεί και επομένως διαθέτει σε στοκ τα απαιτούμενα ανταλλακτικά, εφόσον ο διαγωνιζόμενος είναι σε θέση να αποδείξει εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του προμηθευτή του - αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο, ανεξαρτήτως του χρόνου που έλαβε χώρα η προμήθεια των ανταλλακτικών. Και τούτο διότι, εάν ήθελε υποτεθεί ότι, κατά την έννοια του προσβαλλόμενου όρου, τα ζητούμενα σε στοκ ανταλλακτικά που υποχρεούνται να προσφέρουν οι διαγωνιζόμενοι κατά την παροχή των υπηρεσιών τους, αποκλείεται να προέρχονται από τα ήδη σε στοκ ανταλλακτικά που διαθέτουν οι ίδιοι, τούτο θα έπρεπε να διευκρινίζεται ρητά στους όρους της διακήρυξης, προσδιορίζοντας περαιτέρω τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα των ανταλλακτικών, αλλά και καθιστώντας σαφείς τους λόγους για

τους οποίους τυχόν ανταλλακτικά που ο διαγωνιζόμενος διαθέτει ήδη σε στοκ δε δύναται να χρησιμοποιηθούν καταλλήλως για τις υπό ανάθεση υπηρεσίες συντήρησης. Αντιθέτως, στο μέτρο που τα προσφερόμενα εκ μέρους των διαγωνιζομένων ανταλλακτικά, ανεξάρτητα εάν προέρχονται από τυχόν προηγούμενες παρτίδες ανταλλακτικών που είχαν ήδη προμηθευτεί οι διαγωνιζόμενοι, συμβαδίζουν ως προς τα χαρακτηριστικά τους γνωρίσματα με τα ζητούμενα στη διακήρυξη και εξυπηρετούν πλήρως τις ανάγκες συντήρησης του ιατρικού εξοπλισμού, νομίμως προσφέρονται από τους διαγωνιζόμενους, υπό την προϋπόθεση ότι οι διαγωνιζόμενοι είναι σε θέση να αποδείξουν εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του εκάστοτε προμηθευτή τους – αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο.

30. Επειδή η ανάθεση της δημόσιας σύμβασης με βάση το λόγω κριτήριο ήτοι της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς παρέχει σημαντική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή για την επιλογή της καλύτερης σχέσης ποιότητας- τιμής των προσφερομένων αγαθών ή υπηρεσιών, λαμβάνοντας υπόψη επιπρόσθετα κριτήρια μη οικονομικού περιεχομένου, εν αντιθέσει με την περίπτωση της χαμηλότερης τιμής, όπου η κρίση είναι υποχρεωτικά αντικειμενική και δεν περιλαμβάνει κανενός είδους στάθμιση. Ωστόσο, η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ως προς τον καθορισμό των επιμέρους κριτηρίων ανάθεσης καθώς και της βαρύτητας που έχουν κατά την προβλεπόμενη στάθμιση βρίσκει τα όριά της στις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας και στους νομολογιακά διαμορφωμένους κανόνες Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, Κατευθυντήρια Οδηγία 11/24.12.2015 «Κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»).

31. Επειδή στην απόφαση του ΔΕΕ της 24.11.2005, υπόθεση C-331/2004, το Δικαστήριο στην σκέψη 21 έκρινε ότι «Ακολουθως πρέπει να υπομνησθεί ότι τα προσδιοριζόμενα από αναθέτουσα αρχή κριτήρια συνάψεως πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως. Δεν πρέπει να παρέχουν απεριόριστη ελευθερία επιλογής στην αναθέτουσα αρχή...» ενώ με

νεότερη απόφασή του (ΔΕΕ απόφαση της 10.05.2012, C-368/2010, Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, υπόθεση στην οποία το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί κατά πόσο χρησιμοποιηθέν κριτήριο (σήμα πιστοποίησης EVO και MAX HAVELAAR έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 53 της οδηγίας 2004/18/EK, ως μη συνδεδόμενο με το αντικείμενο της σύμβασης (το οποίο ήταν ιδίως η προμήθεια καφέ, τσαγιού και άλλων συστατικών απαραίτητων για την παρασκευή των διατιθέμενων από τα μηχανήματα ροφημάτων) έκανε δεκτό ότι το κριτήριο αναθέσεως δεν πρέπει να αφορά οπωσδήποτε ένα εγγενές χαρακτηριστικό του προϊόντος, δηλαδή ένα στοιχείο που είναι υλικά ενσωματωμένο στο προϊόν και συνεπώς, δεν υπάρχει κατ' αρχήν λόγος για να απαγορευθεί η εφαρμογή κριτηρίου αναθέσεως, που συνδέεται με τη διακίνηση του προϊόντος στο πλαίσιο δίκαιων και αλληλέγγυων συναλλαγών. Επιπλέον, τα κριτήρια πρέπει να είναι κατάλληλα για την επιλογή της προσφοράς, που παρουσιάζει την καλύτερη σχέση μεταξύ ποιότητας και τιμής (ΔΕΕ απόφαση της 04.12.2003, C-448/01 (Wienstrom), Επιτροπή κατά Αυστρίας, σκέψη 37, ΔΕΕ απόφαση της 9-10-2014, υπόθεση C-641/13, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψη 34. Πρβ και ΕΑ ΣτΕ 573/2009 §6).

32. Επειδή, τούτων δοθέντων, οι προσβαλλόμενοι ως άνω όροι της επίμαχης διακήρυξης, αν και χαρακτηρίζονται ως τεχνικές προδιαγραφές, συνιστούν συγκεκριμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων αναδόχων. Εξάλλου, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση «Λιανάκης», εξετάζοντας το ζήτημα της επικάλυψης μεταξύ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής συνδέονται ουσιωδώς με την αξιολόγηση της ικανότητας του προσφέροντα να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΚ C-532/2006, Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης, ΣτΕ 137/2012), στοιχείο το οποίο συντρέχει στην περίπτωση των προσβαλλόμενων ως άνω όρων για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω. Ενόψει τούτου, οι ως άνω όροι τίθενται παρανόμως διότι προς απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, το οποίο υποκρύπτουν, δε γίνεται επίκληση στα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 του Ν.

4412/2016, και κατ' επέκταση το Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντιθέτως χρησιμοποιούνται προϋποθέσεις και μέσα απόδειξης που τίθενται κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης κρίνεται ως μη νόμιμος, στο μέτρο που αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται τα προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο αποκλειστικό διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών, εφόσον οι διαγωνιζόμενοι είναι σε θέση να αποδεικνύουν εναργώς την υπάρχουσα ή προϋφιστάμενη σχέση αντιπροσώπευσης του προμηθευτή τους-αποκλειστικού διανομέα με τον κατασκευαστικό οίκο. Συνεπώς οι προσβαλλόμενοι, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω όροι τυγχάνουν ακυρωτέοι.

33. Επειδή σε κάθε περίπτωση και σε συνάφεια με όσα έχουν διαληφθεί στην σκέψη υπ' αριθμ. 23 δεν προκύπτει κατά την κρίση του Κλιμακίου ότι έχει συντελεστεί ουσιώδης μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει την υπό εξέταση υπόθεση, ούτε των πραγματικών περιστατικών ώστε να αποστεί η κρίση του Κλιμακίου απ' όσα έγιναν δεκτά, επί ταυτόσημων και ομοειδών περιπτώσεων με την παρούσα, με τις αποφάσεις υπ' αριθμ. 124/2017 και 157/2017 της ΑΕΠΠ.

34. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή απορριπτόμενης συγχρόνως της ασκηθείσας Παρέμβασης.

35. Επειδή κατ' ακολουθίαν, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο στην Προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης : 503/2018

Ακυρώνει τους όρους υπ' αριθμ. 13, 15.1 και 15.2 της προσβαλλόμενης διακήρυξης με αριθμό 7202/2018 σύμφωνα με τα κριθέντα στις σχετικές σκέψεις της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην Προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε στις 29 Ιουνίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη