

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21.02.2019, με την εξής σύνθεση:  
Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης,  
Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη

Για να εξετάσει την από 21.01.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 74/21.01.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «[...]» και τον δ.τ. «[...]», που εδρεύει στον [...], οδός [...], αρ. [...], όπως νομίμως εκπροσωπείται

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Αθηνών «Ο ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΜΟΣ – ΟΦΘΑΛΜΙΑΤΡΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ - ΠΟΛΥΚΛΙΝΙΚΗ», που εδρεύει στην Αθήνα, οδός Υψηλάντου, αρ. 45-47, όπως νομίμως εκπροσωπείται

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει την ακύρωση των όρων 13 παρ. 2 και 3 (σελ. 60) και 19 παρ. 2 και 3 (σελ. 74) του Παραρτήματος Ι της υπ' αριθ. 129/2018 (υπ' αριθ. Πρωτ. 11/07/676/42405/27.12.2018) διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών Επισκευής και Συντήρησης Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού του Νοσοκομείου», κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 129/2018 (υπ' αριθ. Πρωτ. 11/07/676/42405/27.12.2018) διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου Αθηνών «Ο ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΜΟΣ – ΟΦΘΑΛΜΙΑΤΡΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ - ΠΟΛΥΚΛΙΝΙΚΗ», προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, άνω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών Επισκευής και Συντήρησης Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού του Νοσοκομείου», προϋπολογισμού 822.497,63€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 31.12.2018 με ΑΔΑΜ 18PROC004294252 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 31.12.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 64710. Εν προκειμένω, η υπό κρίση Προσφυγή ασκείται για τις υποκατηγορίες ειδών «13. Αντίστροφες Οσμώσεις» και «19. Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού» και ειδικότερα για τις υποκατηγορίες ειδών με α/α 13.1 «KOSMED Ιταλίας SRL» και 19.1 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού GAMBRO, Τέσσερα (4) AK-95, Πέντε (5) AK-200, Έξι (6) AK-200S» της διακήρυξης, ύψους 8.167,49 € και 42.097,88 €, χωρίς Φ.Π.Α, αντίστοιχα.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 600,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 254577661959 0322 0064), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και για τις κατηγορίες ειδών για τα οποία ασκείται η Προσφυγή. Το ποσό αυτό, των 600,00 €, συνιστά, κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις, το κατώτατο ποσό παραβόλου που υποχρεούται να προσκομίσει ο προσφεύγων σε περίπτωση που η αξία αυτού υπολείπεται του ως άνω κατώτατου ποσού, ως εν προκειμένω, όπου η παρούσα Προσφυγή ασκείται για τις υποκατηγορίες με α/α 13.1 και 19.1 της

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

διακήρυξης, ύψους 8.167,49 € και 42.097,88 €, χωρίς Φ.Π.Α., αντίστοιχα. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε, σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (822.497,63€ χωρίς Φ.Π.Α.), σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (31.12.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.΄

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 31.12.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 21.01.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, που ως η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 5, σημείο Δ της Προσφυγής) έλαβε χώρα στις 15.01.2019, ήτοι εντός της δεκαπενθήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπόψη προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού, έχει ολοκληρώσει παρόμοιες με την προκηρυχθείσα συμβάσεις και έχει πρόθεση να συμμετέχει

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

και στον υπό προκήρυξη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά, στερούμενη, όμως, τη δυνατότητα αυτή και υφιστάμενη ζημία, αφού, ως ισχυρίζεται, παρεμποδίζεται λόγω των τιθέμενων όρων της διακήρυξης κατά των οποίων στρέφεται και συνεπώς παραδεκτώς αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στους λόγους της Προσφυγής της.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της [...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια [...]» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το υπ' αριθ. 11/07/54/3498/30.01.2019 έγγραφό της, προς αντίκρουση των λόγων της υπό κρίση Προσφυγής, αιτούμενη όπως γίνουν δεκτές οι απόψεις της, απορριφθεί η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή στο σύνολό της και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης και κάθε άλλης συναφούς πράξης.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ειδικότερα κατά των όρων: 1) 13.2 και 13.3 των Τεχνικών Προδιαγραφών Συντήρησης και Επισκευής για το είδος 13 «Αντίστροφες Οσμώσεις» του Παραρτήματος Ι, με τον οποίο ορίζεται «[...] 2. Ο Ανάδοχος να διαθέτει ειδικά εκπαιδευμένο τεχνικό προσωπικό από τον οίκο κατασκευής, με διετή τουλάχιστον εμπειρία στην επισκευή των πιο πάνω μηχανημάτων. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά. 3. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά επί ποινή αποκλεισμού» και 2) κατά του όρου 19.2 και 19.3 των Τεχνικών Προδιαγραφών Συντήρησης και Επισκευής για το είδος 19 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού» του Παραρτήματος Ι, με τον οποίο ορίζεται «[...] 2. Ο Ανάδοχος να διαθέτει ειδικά εκπαιδευμένο τεχνικό προσωπικό από τον οίκο κατασκευής, με διετή τουλάχιστον εμπειρία στην επισκευή των πιο πάνω μηχανημάτων. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά 3. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά επί ποινή αποκλεισμού», ισχυριζόμενη ότι οι όροι αυτοί είναι παράνομοι, ως αντίθετοι με τις διατάξεις της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το Ν. 4412/2016, με τον οποίο αυτή ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία και διέπει τον παρόντα διαγωνισμό, καθώς και με την αρχή του ανταγωνισμού, επικαλούμενη τις υπ' αριθ. 124/2017, 154/2017, 558/2018 αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., καθώς και τις υπ' αριθ. Δ.Εφ.Χανίων 4/2018 και Δ.Εφ.Πατρών Ν5/2018 αποφάσεις, με τις οποίες οι ανωτέρω αποφάσεις τις Α.Ε.Π.Π. δεν ανεστάλησαν. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

άνω προδιαγραφές αποτυπώνουν την τεχνική ικανότητα του υποψήφιου αναδόχου, η οποία δέον να αποδεικνύεται με τα μέσα απόδειξης που απαριθμούνται περιοριστικά στις οικείες διατάξεις του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, και όχι μόνον με την προσκόμιση βεβαιώσεων αποκλειστικά από την κατασκευάστρια εταιρία του υπό συντήρηση εξοπλισμού σε σχέση με την εκπαίδευση και γενικότερα τις τεχνικές ικανότητες του προσωπικού του αναδόχου, αποδεικτικά η κτήση των οποίων προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικού δεσμού μεταξύ του υποψήφιου αναδόχου και της κατασκευάστριας εταιρίας του εξοπλισμού. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι παραβιάζονται οι αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων κατά το μέρος που με τους προσβαλλόμενους όρους απαιτείται τα «σχετικά πιστοποιητικά» που πρέπει να κατατεθούν προς τεκμηρίωση ότι ο υποψήφιος ανάδοχος χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά, θα πρέπει να εκδίδονται από τον κατασκευαστικό οίκο ή αντιπρόσωπό του.

11. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007).

12. Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση της προαναφερόμενης σκέψης, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

13. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 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». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...] Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για



## Αριθμός απόφασης: 230/2019

την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 (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

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

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».

15. Επειδή, το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει 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

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

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». Τέλος, το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» του Ν. 4412/2106 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει 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». Στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

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 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

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

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».

16. Επειδή, η προσφεύγουσα, με το πρώτο λόγο της Προσφυγής της, υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθούν οι όροι 13.2 και 19.2 του Παραρτήματος Ι, «Υποχρεώσεις Αναδόχου – Τεχνικές Προδιαγραφές – Ειδικοί Όροι» για το είδος 13 «Αντίστροφες Οσμώσεις» και για το είδος 19 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού» των αντίστοιχων Τεχνικών Προδιαγραφών Συντήρησης και Επισκευής, με τους οποίους ορίζεται στις αντίστοιχες παραγράφους υπ' αριθ. 2 ότι «[...] 2. Ο Ανάδοχος να διαθέτει ειδικά εκπαιδευμένο τεχνικό προσωπικό από τον οίκο κατασκευής, με διετή τουλάχιστον εμπειρία στην επισκευή των πιο πάνω μηχανημάτων. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά [...]».

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

17. 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 (Α.Ε.Π.Π. 127/2017).

18. 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

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

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. Ειδικά με τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981, Transporoute et travaux). Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με την οποία 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

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

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.

19. Επειδή, με τους προσβαλλόμενους όρους 13.2 και 19.2 ζητείται «[...]2. Ο Ανάδοχος να διαθέτει ειδικά εκπαιδευμένο τεχνικό προσωπικό από τον οίκο κατασκευής, με διετή τουλάχιστον εμπειρία στην επισκευή των πιο πάνω μηχανημάτων. Να κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά «[...]», ήτοι αποτυπώνεται ως ελάχιστο επιθυμητό προσόν, η κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού της υποψήφιας αναδόχου εταιρείας στη συντήρηση των ιατρικών μηχανημάτων για τα οποία υποβάλλει προσφορά. 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 υποψήφiou 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, αφού 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, οι προσβαλλόμενοι όροι τέθηκαν εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής της παρεχόμενης



## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

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 εκείνα που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (Α.Ε.Π.Π. 127/2017). Εν προκειμένω, η απαίτηση το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εκπαιδευμένο 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.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των γενομένων δεκτών ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν οι όροι 13.2 και 19.2 της διακήρυξης, αφού παραβιάζουν τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και τις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης κατ' άρθρο 18, 53, 54, 75 και 80 του Ν. 4412/2016.

21. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 13.3 και 19.3 της διακήρυξης, αιτούμενη την ακύρωση αυτών, στο μέτρο που υπονοείται ότι τα «σχετικά πιστοποιητικά» που πρέπει να κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού προς τεκμηρίωση ότι ο υποψήφιος ανάδοχος χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά, θα πρέπει να εκδίδονται από τον κατασκευαστικό οίκο ή αντιπρόσωπό του. Ειδικότερα, η

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με τους όρους αυτούς περιορίζεται παρανόμως ο ανταγωνισμός μεταξύ των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στην υπό κρίση διακήρυξη, στο μέτρο που τίθεται ως προαπαιτούμενο οι διαγωνιζόμενοι να προμηθεύονται τα ανταλλακτικά που απαιτούνται από συγκεκριμένη μόνο πηγή. Και τούτο διότι, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, για τα «*Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού GAMBRO, Τέσσερα (4) AK-95, Πέντε (5) AK-200, Έξι (6) AK-200S*»<sup>19</sup>. *Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού*», τα οποία αφορούν στην προσφορά της, αποκλειστικός προμηθευτής των ανταλλακτικών είναι για την Ελλάδα η εταιρεία «[...]», η οποία με τη σειρά της τα προμηθεύεται από τη μητρική εταιρεία «[...]». Όπως μάλιστα ισχυρίζεται και αποδεικνύει η προσφεύγουσα με τις προσκομιζόμενες αποφάσεις (βλ. ΠΠΑ 1415/2018, 176/2017, η εταιρεία «[...]», ως αποκλειστική διανομέας των προϊόντων [...] στην Ελλάδα, αρνείται να προμηθεύει αυτήν με τα απαραίτητα ανταλλακτικά με το σήμα [...], εκμεταλλευόμενη έτσι τη δεσπόζουσα θέση της, η οποία συνιστά αθέμιτη και ανταγωνιστική πρακτική εκ μέρους της. Εξάλλου, για τα προαναφερόμενα είδη, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι ο κατασκευαστικός οίκος [...], έχει πάψει να τα «στηρίζει» τεχνικά και δεν παρέχει, πλέον, για τα μηχανήματα αυτά, ούτε τεχνική, ούτε επιστημονική υποστήριξη, αλλά ούτε και ανταλλακτικά, ως αποδεικνύεται και από τα προσκομιζόμενα Ενημερωτικά Δελτία Service (βλ. σχετ. 14 και 15). Ομοίως και για το είδος με α/α 13.1 «*KOSMED Ιταλίας SRL*» η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το εργοστάσιο του κατασκευαστικού οίκου [...] δεν υφίσταται, πλην, όμως, ανταλλακτικά του οίκου αυτού υφίστανται στην ελεύθερη αγορά, η δε προσφεύγουσα διατηρεί απόθεμα ως στοκ στις αποθήκες της.

22. Επειδή, στις παραγράφους υπ' αριθ. 3, των όρων 13 «*Αντίστροφες Οσμώσεις*» και 19 «*Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού*» των Τεχνικών Προδιαγραφών Συντήρησης και Επισκευής του Παραρτήματος Ι, «*Υποχρεώσεις Αναδόχου – Τεχνικές Προδιαγραφές – Ειδικό Όροι*», ορίζεται, αντίστοιχα, ότι «[...] 3. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά. Να

## Αριθμός απόφασης: 230/2019

κατατεθούν προς τούτο τα σχετικά πιστοποιητικά επί ποινή αποκλεισμού». Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, ως προς τον λόγο αυτόν της Προσφυγής, αναφέρει ότι δεν υπονοεί την κατάθεση πιστοποιητικών από κατασκευαστικούς οίκους, αλλά κατάθεση πιστοποιητικών από την ανάδοχο εταιρεία ότι διαθέτει και χρησιμοποιεί γνήσια και αμεταχείριστα ανταλλακτικά, όπως αυτά αναφέρονται στη διακήρυξη από τον φάκελο τεχνικής υποστήριξης του εξοπλισμού.

23. Επειδή, 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 τρίτου 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 έναντί του την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, εφ' όσον όμως η εξουσία του 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 ΝΣΔ 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

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

προμήθεια των προσφερόμενων ειδών και αφετέρου επίσημα έγγραφα που αποδεικνύουν τη σχέση αντιπροσώπευσης μεταξύ διανομέα και κατασκευαστικού οίκου.

24. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, κρίσιμο στοιχείο αποτελεί να μην 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 (Α.Ε.Π.Π. 127/2017). Συνεπώς, κρίσιμο είναι το γεγονός απόδειξης από τον υποψήφιο ανάδοχο ότι διαθέτει στις αποθήκες του απόθεμα γνήσιων και αμεταχειρίστων ανταλλακτικών, το οποίο και δύναται να προμηθεύσει και για το οποίο αρκεί η προσκόμιση σχετικού πιστοποιητικού του αποθέματός του. Ως εκ τούτου, στο μέτρο που τα προσφερόμενα εκ μέρους των διαγωνιζομένων ανταλλακτικά, ανεξάρτητα εάν προέρχονται από τυχόν προηγούμενες παρτίδες ανταλλακτικών που είχαν ήδη προμηθευτεί από τον κατασκευαστή, από τοπικούς προμηθευτές ή την ελεύθερη αγορά, 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 ότι αυτά τα ανταλλακτικά είναι γνήσια και αμεταχειρίστα.

25. Επειδή, με τον λόγο αυτό της Προσφυγής, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των ανωτέρω προσβαλλόμενων όρων «στο μέτρο που υπονοείται ότι τα «σχετικά πιστοποιητικά» που πρέπει να κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού προς τεκμηρίωση ότι ο υποψήφιος ανάδοχος χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχειρίστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά, θα πρέπει να εκδίδονται από τον κατασκευαστικό οίκο ή

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

αντιπρόσωπό του». Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της διευκρίνισε ότι δεν υπονοεί, αναφορικά με τους προσβαλλόμενους όρους 13.3 και 19.3 και την κατάθεση πιστοποιητικών από κατασκευαστικούς οίκους, αλλά κατάθεση πιστοποιητικών από την ανάδοχο εταιρεία ότι διαθέτει και χρησιμοποιεί γνήσια και αμεταχείριστα ανταλλακτικά (βλ. σκέψη 22). Συνεπώς, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, δια του λόγου αυτού της Προσφυγής της, κατ' ουσίαν και κατ' ορθή εκτίμηση των αναφερομένων της, στρέφεται κατά των όρων 13.3 και 19.3 ως ασαφών και αορίστων και προσβάλλει αυτούς στο βαθμό που έχουν το νόημα που αυτή αποδίδει, κατά τα προλεχθέντα. Εντούτοις, οι ισχυρισμοί αυτοί, θα πρέπει απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι, δοθέντος ότι από τη γραμματική ερμηνεία των όρων 13.3 και 19.3 της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι απαιτείται τα «σχετικά πιστοποιητικά» προς απόδειξη ότι ο υποψήφιος ανάδοχος χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά, πρέπει να εκδίδονται από τον κατασκευαστικό οίκο ή αντιπρόσωπό του, αφού ουδεμία τέτοια αναφορά υφίσταται στους προσβαλλόμενους αυτούς όρους της διακήρυξης. Εξάλλου, την ερμηνεία αυτή επιβεβαίωσε και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς προσβάλλονται οι επίμαχοι όροι, καθώς δεν προκύπτει από τον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, ούτε βεβαίως και η προσφεύγουσα αναφέρει, ότι υπέβαλε σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, βάσει του άρθρου 67 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 προκειμένου να αρθεί η, κατά τους ισχυρισμούς της, ασάφεια αυτή για το τι ακριβώς ζητείται/«υπονοείται» με τους όρους αυτούς.

26. Επειδή, τούτων δοθέντων, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, αφού οι προσβαλλόμενοι όροι 13.3 και 19.3 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης δεν έχουν το νόημα ότι απαιτείται τα «σχετικά πιστοποιητικά» προς απόδειξη ότι ο υποψήφιος ανάδοχος χρησιμοποιεί για τις επισκευές και συντηρήσεις

## **Αριθμός απόφασης: 230/2019**

αμεταχείριστα γνήσια υλικά και ανταλλακτικά, πρέπει να εκδίδονται από τον κατασκευαστικό οίκο ή αντιπρόσωπό του.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία ως προς τον πρώτο λόγο της και να απορριφθεί ως προς τον δεύτερο.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 600,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 254577661959 0322 0064), 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 Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει τους όρους 13.2 (σελ. 60) και 19.2 (σελ. 74) του Παραρτήματος Ι, «Υποχρεώσεις Αναδόχου – Τεχνικές Προδιαγραφές – Ειδικοί Όροι», για το είδος 13 «Αντίστροφες Οσμώσεις» και για το είδος 19 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού» των αντίστοιχων Τεχνικών Προδιαγραφών Συντήρησης και Επισκευής, της υπ' αριθ. 129/2018 (υπ' αριθ. Πρωτ. 11/07/676/42405/27.12.2018) διακήρυξης, για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών Επισκευής και Συντήρησης Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού του Νοσοκομείου».

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 254577661959 0322 0064), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 4 Μαρτίου 2019.

**Αριθμός απόφασης: 230/2019**

**Η Πρόεδρος**

**Νεκταρία–Πηνελόπη Ταμανίδα**

**Η Γραμματέας**

**Ευαγγελία Ζαφειράτου**