

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.2.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 122/9-2-2018 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ-ΓΝ ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 29-1-2018, Απόφασης της με αρ. 3/24.1.2018 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου (θέμα 21ο) της αναθέτουσας περί εγκρίσεως του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού επί του σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών όσον αφορά τα τμήματα ειδών με Α/Α 4, 11 και 20 και δη καθ' ο μέρος αφορά την έγκριση της προσφοράς για έκαστο εκ των ως άνω τμημάτων του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...». Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 171/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 18179215495802260044 και ποσού ευρώ 600,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του από τον ηλεκτρονικό τόπο της ΓΓΠΣ και δη δια του από 7-2-2018 εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω Τράπεζας Πειραιώς, η δε δέσμευση έλαβε χώρα αυτόματα.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 7-2-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 29-1-2018 Απόφασης Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος έγινε δεκτός, ως επικαλείται στο ως άνω στάδιο όσον αφορά το μέρος της προσβαλλομένης κατά του οποίου ασκεί την παρούσα, ήτοι των τμημάτων επί των ειδών με A/A 4,11 και 20, βάλλει ειδικότερα κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και ήδη παρεμβαίνοντας επί των ως άνω τριών τμημάτων. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του που αφορά το τμήμα με A/A/ 4 (Υδροτζέλ με 90% νερό, νατριούχο καρβοξυλομεθυλοκυτταρίνη και αλγινικό ασβέστιο, για διαβητικά έλκη) ότι ο παρεμβαίνων προσέφερε το είδος ... που δεν κάλυπτε τις τεχνικές προδιαγραφές και συγκεκριμένα πρώτον, είχε περιεκτικότητα νερού 85% αντί μεγαλύτερη από 90% και δεύτερον, δεν περιείχε νατριούχο καρβοξυλομεθυλοκυτταρίνη. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του που αφορά το τμήμα με A/A 11 (Επίθεμα μη Κολλητικό Υδροπολυμερές με Ιοντικό Άργυρο Διαστάσεις περίπου 10X10 cm), ισχυρίζεται ότι το προσφερόμενο είδος ... του ίδιου ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και ήδη παρεμβαίνοντας δεν κάλυπτε τις τεχνικές προδιαγραφές, διότι πρώτον ο άργυρος δεν είναι ομοιογενώς κατανεμημένος στο επίθεμα, αλλά εντοπισμένος στο πλέγμα επαφής από πολυεστέρα λιπιδοκολλοειδούς τεχνολογίας που έρχεται σε επαφή με το τραύμα, δεύτερον το απορροφητικό αφρώδες τμήμα του δεν έρχεται σε άμεση και συνεχή επαφή με τα τοιχώματα του έλκους ως εκ της παρεμβολής του ως άνω πλέγματος και

Αριθμός απόφασης: 171/2018

τρίτον δεν έχει περιμετρικά λεπτότερες άκρες για αποφυγή ισχαιμικών σημείων υπό συνθήκες πίεσης. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του που αφορά το τμήμα 20 (Επίθεμα Αποστειρωμένο Πολυουρεθάνης με Ιοντικό Άργυρο μη Κολλητικό σε Διάσταση περίπου 15X15 cm), ισχυρίζεται ότι το (ίδιο με τον ως άνω δεύτερο λόγο) προϊόν ... που προσέφερε ο ίδιος ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος και ήδη παρεμβαίνων δεν κάλυπτε τις ζητούμενες προδιαγραφές, διότι πρώτον ο άργυρος δεν είναι ομοιογενώς κατανεμημένος στο επίθεμα, αλλά εντοπισμένος στο πλέγμα επαφής από πολυεστέρα λιπιδοκολλοειδούς τεχνολογίας που έρχεται σε επαφή με το τραύμα, δεύτερον το απορροφητικό αφρώδες τμήμα του δεν έρχεται σε άμεση και συνεχή επαφή με τα τοιχώματα του έλκους ως εκ της παρεμβολής του ως άνω πλέγματος και τρίτον δεν έχει περιμετρικά λεπτότερες άκρες για αποφυγή ισχαιμικών σημείων υπό συνθήκες πίεσης. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη, κατά τον προσφεύγοντα, έσφαλε κρίνοντας τον παρεμβαίνοντα και τα προϊόντα του ως αποδεκτά για τα τρία παραπάνω τμήματα.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 20-2-2018 και με αρ. πρωτ. 3300 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της ισχυρίζεται τα ακόλουθα. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι το προϊόν που προσέφερε ο παρεμβαίνων περιέχει νερό σε ποσοστό μεγαλύτερο του 80% και προπυλενογλυκόλη, οπότε πληροί τις οικείες προδιαγραφές. Ως προς τον δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής, επικαλείται ότι όσον αφορά τον πρώτο αντιστοίχως ειδικότερο ισχυρισμό το προϊόν που προσέφερε ο παρεμβαίνων είναι εμποτισμένο με σύμπλοκο ιοντικού αργύρου με ομοιογενή κατανομή και επομένως είναι αβάσιμος ο οικείος, προβαλλόμενος στο πλαίσιο τόσο του δεύτερου όσο και του τρίτου λόγου (με ταυτόσημο περιεχόμενο), ειδικότερος ισχυρισμός του προσφεύγοντος. Πλην όμως, η αναθέτουσα συνομολογεί τον, αντιστοίχως, δεύτερο και τρίτο ισχυρισμό του δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής, δηλώνοντας ότι εκ παραδρομής δέχθηκε το προϊόν του παρεμβαίνοντος, αφού κατόπιν εξέτασης του δείγματος, της προσφοράς και των προσφερόμενων προδιαγραφών, αυτό δεν πληροί τις οικείες προδιαγραφές, όσον αφορά αφενός την άμεση και συχνή επαφή με τα τοιχώματα του έλκους, αφετέρου τις λεπτότερες άκρες που θα έπρεπε το προϊόν να έχει περιφερειακά για την αποφυγή ισχαιμικών σημείων υπό

Αριθμός απόφασης: 171/2018

συνθήκες πίεσης.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων που διακηρύχθηκε με τη ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 12/2017 ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ (ΤΑΚΤΙΚΟΥ) ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ για την προμήθεια «Ιατρικής Γάζας» CPV 33141114-2 για ένα (1) έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία της συνολικής διαδικασίας ανέρχεται σε 184.070,77 ευρώ, ενώ ειδικώς για το Τμήμα 4 η εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία ανέρχεται σε 520,00 ευρώ, για το Τμήμα 11 σε 229,00 ευρώ και για το Τμήμα 20 σε 530,00 ευρώ και συνολικά για τα τρία ως άνω τμήματα που αφορά η προσφυγή η αθροιστική εκτιμώμενη αξία ανέρχεται σε $(520+229+530=)$ 1.279,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ τη 21-7-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001731944 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-7-2017 με συστημικό α/α 44295. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω (συνολικής) εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 29-1-2018), ενώ νομίμως υπογράφεται εντός του προβλεπόμενου προδιατυπωμένου εντύπου, από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού έγινε αποδεκτός για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού ως προς τα τμήματα του διαγωνισμού που αφορά η προσφυγή του, και έτσι προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό κάθε έτερου συμμετέχοντος στα ίδια με αυτόν τμήματα. Ο δε παρεμβαίνων άσκησε την από 22-2-2018 Παρέμβασή του με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής. Η ως άνω παρέμβαση ασκείται εμπροθέσμως, αφού η προσφυγή κοινοποιήθηκε στον παρεμβαίνοντα την 13-2-2018 και μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού ο παρεμβαίνων προδήλως ευνοείται από την απόρριψη της προσφυγής, το αίτημα της οποίας αφορά την ακύρωση της αποδοχής του στον διαγωνισμό. Επομένως, τόσο η Προσφυγή, όσο και η

Αριθμός απόφασης: 171/2018

Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, ο παρεμβαίνων ειδικότερα, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής αιτιάται ως προς τον πρώτο οικείο ισχυρισμό ότι η προδιαγραφή αναφέρει περιεκτικότητα σε νερό 90% και όχι μεγαλύτερη του 90%, ενώ η απόκλιση του προϊόντος που προσέφερε μόλις κατά 5% από τη ζητούμενη περιεκτικότητα δεν μεταβάλλει την ουσιαστική δράση της υδρογέλης που είναι η ενυδάτωση του νεκρωτικού ιστού και η απορρόφηση των όποιων υπολειμμάτων των νεκρωτικών ιστών, ως προς τον δε δεύτερο ισχυρισμό, ότι το προϊόν που προσέφερε περιέχει κόμμι guar, το οποίο ανήκει στην οικογένεια των πολυσακχαριτών, όπως η καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη και είναι υδροκολλοειδές όπως αυτή και συνεπώς τα δύο συστατικά, ήτοι η καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη που ζητούσε η οικεία προδιαγραφή και το κόμμι guar που περιείχε το προϊόν που προσέφερε έχουν την ίδια ακριβώς δράση, ήτοι παγιδεύουν τις εκκρίσεις και τις σταθεροποιούν, προσφέροντας υφή τζέλ. Όσον αφορά τον δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων αιτιάται ως προς την πρώτη κοινή τους αιτίαση, ότι το γεγονός πως ο άργυρος δεν είναι ομοιογενώς κατανεμημένος στο επίθεμα, αλλά βρίσκεται στο πλέγμα του προϊόντος που προσέφερε, δεν αναιρεί το ουσιαστικό ζητούμενο, ήτοι την αντιμικροβιακή δράση του αργύρου, που δεν εξαρτάται από τον τρόπο εμποτισμού, αλλά από τη φαρμακοδυναμική δράση του, η οποία στο επίθεμα που προσέφερε διαφοροποιείται σε επαφή με το εξίδρωμα, ώστε να ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του έλκους. Άλλωστε, κατά την απορρόφηση των εκκρίσεων ο άργυρος διαχέεται ομοιογενώς σε όλη τη δομή του επιθέματος και έτσι εξουδετερώνονται οι μικροοργανισμοί όχι μόνο στην επιφάνεια επαφής με το τραύμα, αλλά και μέσα στο επίθεμα. Επικαλείται δε ως προς τη δεύτερη κοινή αιτίαση του δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής, ότι δεν υφίσταται ιατρικός, τεχνικός ή έτερος λόγος που αποδεικνύει ότι η άμεση και συνεχής επαφή του απορροφητικού αφρώδους τμήματος, όπως ζητά η διακήρυξη είναι μείζονος σημασίας, όσον αφορά τη συμβολή του στην επούλωση, ενώ ειδικά στα έλκη με κοιλότητα, τα αφρώδη επιθέματα χρησιμοποιούνται συνδυαστικά με ένα αλγηνικό επίθεμα, ώστε να γεμίσει η κοιλότητα, στα δε έλκη με μικρό ιστικό έλλειμμα τα αφρώδη

Αριθμός απόφασης: 171/2018

επιθέματα καλύπτουν την ανάγκη απορρόφησης εκκρίσεων. Τονίζει δε, ότι το προσφερθέν προϊόν της αποτελείται από κεντρικό τμήμα διογκούμενης πολουρεθάνης με τρισδιάστατη μοριακή δομή που μεταξύ άλλων συμβάλλει στη διόγκωση κατά την απορρόφηση των εκκρίσεων. Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται όσον αφορά τον τρίτο κοινό ισχυρισμό του δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής, ότι η απαίτηση της διακήρυξης για περιμετρικά λεπτότερες άκρες του επιθέματος συνιστά δευτερεύον χαρακτηριστικό, συνδεόμενο περισσότερο με το αισθητικό αποτέλεσμα, παρά με το ουσιαστικό ζητούμενο, ήτοι τη δράση του επιθέματος στην επούλωση. Άλλωστε, όλα τα αφρώδη επιθέματα μεταξύ των οποίων το προσφερθέν από τον προσφεύγοντα αλλά και το προσφερθέν από τον παρεμβαίνοντα αποτελούνται από αφρώδη πολουρεθάνη που εκ φύσεως της είναι πολύ μαλακό υλικό και έτσι δεν επιφέρει επιπλέον πίεση.

6. Επειδή, από τον συνδυασμό των άρ. 91 παρ. 1 περ. α' και 94 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως και του άρ. 54 του ίδιου νόμου, προκύπτει ότι, ελλείψει ειδικότερης αντίθετης πρόβλεψης της διακήρυξης, εφόσον προσφερόμενο προϊόν αποδεικνύεται ότι δεν πληροί τις τεθείσες από αυτήν τεχνικές προδιαγραφές (βλ. και ΣτΕ ΕΑ 61/2011, 1740/2004), η τεχνική προσφορά είναι απορριπτέα κατά το αντίστοιχο μέρος της (ήτοι όσον αφορά διαγωνισμό διενεργούμενο σε τμήματα, όσον αφορά το προκείμενο προϊόν, ενώ αν η προσφορά και ανάδειξη του αναδόχου αφορά το σύνολο της προμήθειας για όλα τα είδη είναι εν όλω απορριπτέα η προσφορά). Το δε συνημμένο στη διακήρυξη και αναπόσπαστο τμήμα αυτής, Παράρτημα Στ' περί Τεχνικών Προδιαγραφών, προβλέπει για τα τμήματα 4, 11 και 20 τις ακόλουθες προδιαγραφές. Όσον αφορά το τμήμα 4 «ΥΔΡΟΤΖΕΛ ΜΕ 90% ΝΕΡΟ, ΝΑΤΡΙΟΥΧΟ ΚΑΡΒΟΞΥΜΕΘΥΛΟΚΥΤΤΑΡΙΝΗ ΚΑΙ ΑΛΓΗΝΙΚΟ ΑΣΒΕΣΤΙΟ, ΓΙΑ ΔΙΑΒΗΤΙΚΑ ΕΛΚΗ» (σελ. 50 διακήρυξης) οι προδιαγραφές ορίζονται ως εξής «*Τζελ για την απομάκρυνση νεκρώσεων με 90% νερό, νατριούχο καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη ή προπυλενογλυκόλη, αλγηνικό ασβέστιο ή αλγηνικό νάτριο, & κυτταρίνη σε συσκευασία 12gr. έως 16gr. για διαβητικά έλκη*». Όσον αφορά το τμήμα 11 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΥΔΡΟΠΟΛΥΜΕΡΕΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ ΠΕΡΙΠΟΥ 10Χ10cm», οι οικείες προδιαγραφές είναι οι εξής «*Αφρώδη επιθέματα*

Αριθμός απόφασης: 171/2018

αποστειρωμένα, υδροπολυμερή, διαρκούς απελευθέρωσης υδροενεργού αργύρου ομοιογενώς κατανεμημένου σε όλη τη δομή του αφρώδους σε υψηλή περιεκτικότητα. Μη κολλητικά με περιμετρικά λεπτότερες άκρες για αποφυγή ισχαιμικών σημείων υπό συνθήκες πίεσης. Το απορροφητικό αφρώδες τμήμα του επιθέματος κατά την απορρόφηση του εξιδρώματος ,να εκτείνεται έτσι ώστε να είναι σε άμεση και συνεχή επαφή με τα τοιχώματα του έλκους, χωρίς την παρεμβολή άλλων στρωμάτων. Το επίθεμα να φέρει εξωτερική ημιπερατή μεμβράνη και να έχει υψηλή συγκράτηση που να μην επιτρέπει την διαρροή εξιδρώματος διαμέσω της μεμβράνης ,στο περιβάλλον υπό συνθήκες πίεσης . Χωρίς τοπικό αντιβιοτικό για μεσαία έως και υψηλή ποσότητα εξιδρώματος. Διαστάσεις: 10 cm X10cm περίπου» (σελ. 52 διακήρυξης). Όσον αφορά το τμήμα 20 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΟ ΠΟΛΥΟΥΡΕΘΑΝΗΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΣΕ ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΠΕΡΙΠΟΥ 15X15cm», οι τεχνικές προδιαγραφές ορίζονται ως εξής (σελ. 53 διακήρυξης) «Αφρώδη επιθέματα αποστειρωμένα, υδροπολυμερή, διαρκούς απελευθέρωσης υδροενεργού αργύρου ομοιογενώς κατανεμημένου σε υψηλή περιεκτικότητα, σε όλη τη δομή του αφρώδους. Μη κολλητικά με περιμετρικά λεπτότερες άκρες για αποφυγή ισχαιμικών σημείων υπό συνθήκες πίεσης. Το απορροφητικό αφρώδες τμήμα του επιθέματος κατά την απορρόφηση του εξιδρώματος, να εκτείνεται έτσι ώστε να είναι σε άμεση και συνεχή επαφή με τα τοιχώματα του έλκους, χωρίς την παρεμβολή άλλων στρωμάτων. Το επίθεμα να φέρει εξωτερική ημιπερατή μεμβράνη και να έχει υψηλή συγκράτηση που να μην επιτρέπει την διαρροή εξιδρώματος διαμέσω της μεμβράνης ,στο περιβάλλον υπό συνθήκες πίεσης. Χωρίς τοπικό αντιβιοτικό για μεσαία και υψηλή ποσότητα εξιδρώματος. Διαστάσεις: 10cm X20cm περίπου και 15cm X15cm περίπου».

7. Επειδή, ισχυρισμοί που αποκλειστικώς αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν

Αριθμός απόφασης: 171/2018

οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Αυτή έχει ως συνέπεια της την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρέμπιπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ'εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αυτά ισχύουν όχι μόνο ως προς τους δια προσφυγής προβαλλόμενους λόγους ακύρωσης πράξης του σταδίου αξιολόγησης, αλλά και για τους δια παρεμβάσεως προβαλλόμενους ισχυρισμούς προς διάσωση προσφοράς, η οποία ναι μεν εκρίθη από την αναθέτουσα ως αποδεκτή, πλην όμως παραβιάζει τους όρους της διακήρυξης (εξ ου και η έγκρισή της προσβάλλεται δια προδικαστικής προσφυγής). Εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 127 και 171/2017), κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα

Αριθμός απόφασης: 171/2018

γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

8. Επειδή, το υποβληθέν μετά της τεχνικής προσφοράς παρεμβαίνοντος, τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος ... που προσέφερε ο παρεμβαίνων για το τμήμα 4 του διαγωνισμού, αναφέρει ως χαρακτηριστικό του προϊόντος την περιεκτικότητα σε νερό 85% αντί 90% που απαιτούν οι

Αριθμός απόφασης: 171/2018

οικείες προδιαγραφές της διακήρυξης. Σημειωτέον δε, ότι τόσο το έγγραφο τεχνικής προσφοράς όσο και ο οικείος πίνακας συμμόρφωσης που υπέβαλε ο παρεμβαίνων, όσον αφορά το οικείο προϊόν αναφέρουν περιεκτικότητας της υδρογέλης ανώτερη του 80% και όχι 90% που απαιτεί και το οικείο εξάλλου ερώτημα στον πίνακα συμμόρφωσης. Επίσης, σημειωτέον ότι, πέραν του ότι η περιεκτικότητα σε νερό κατά 85% προκύπτει ευθέως εκ του προσκομισθέντος εκ του ιδίου του παρεμβαίνοντος τεχνικού φυλλάδιου του προϊόντος, το τεχνικό φυλλάδιο που ως σχετ. 2 προσκόμισε ο προσφεύγων, προκειμένου να αποδείξει τον οικείο λόγο του, παραπέμπει μεταξύ άλλων σε συχνά ερωτήματα, ένα εκ των οποίων αφορά τη σύσταση της υδρογέλης που περιέχει, η δε παραγωγός αυτού εταιρία απαντά (η οικεία απάντηση και πληροφορία είναι, εξάλλου, διαθέσιμη και ηλεκτρονικά στην οικεία ηλεκτρονική διεύθυνση της παραγωγού ...) ότι «The majority of gels mainly consist of water with ..., containing 85% water, propylene, glycol, and other polymers.», δηλαδή προκύπτει ότι η περιεκτικότητα της γέλης σε νερό είναι 85%, όσον αφορά τα περισσότερα επιμέρους προϊόντα της παραγωγού (το ποσοστό της περιεκτικότητας σε νερό στο συγκεκριμένο προϊόν προκύπτει κατά τα ως άνω από το ίδιο το φυλλάδιο που προσκόμισε ο παρεμβαίνων). Ούτως, όχι μόνο ο παρεμβαίνων δεν απέδειξε συμμόρφωση του προϊόντος που προσφέρει με την οικεία προδιαγραφή, αλλά αντιθέτως οι ίδιες οι τεχνικές πληροφορίες που παρέχει προσφέρουν ευθέως πλήρη απόδειξη ότι δεν την πληροί, αφού αναφέρουν 85% περιεκτικότητα σε νερό αντί 90% που απαιτείτο από τη διακήρυξη. Ο δε ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η διακήρυξη απαιτεί περιεκτικότητα σε νερό 90% και όχι μεγαλύτερη από 90% προβάλλεται προεχόντως αλυσιτελώς, αφού ούτως ή άλλως, όπως και ο ίδιος, εν τέλει, συνομολογεί, η περιεκτικότητα του δικού του προϊόντος είναι 5% μικρότερη από την παραπάνω (και επομένως 85% αντί 90%). Ομοίως απαραδέκτως προβάλλεται, ότι, κατά την άποψη του, η εκ μέρους του προϊόντός του απόκλιση προς τα κάτω και άρα παράβαση της ως άνω προδιαγραφής (ασχέτως δε αν το ποσοστό 90% ορίζεται ως ελάχιστο όριο ή ακριβής τιμή της περιεκτικότητας σε νερό) δεν αλλάζει την ουσιαστική δράση και εν γένει χρησιμότητα και ποιότητα του προϊόντος του, αφού ο ίδιος μετείχε στη διαδικασία ανεπιφυλάκτως και ουδόλως προσέβαλε τον οικείο όρο, ιδίως εν όψει του ότι προτίθετο να προσφέρει προϊόν που δεν θα πληρούσε τους

Αριθμός απόφασης: 171/2018

όρους της. Όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό του πρώτου λόγου της προσφυγής, αλυσιτελώς, πάντως, προβάλλεται από τον παρεμβαίνοντα η εκ μέρους του προσφερόμενου από αυτόν προϊόντος, σύσταση μεταξύ άλλων και από χημική ουσία που δεν συνιστά καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη, αλλά έτερο πολυσακχαρίτη με αντίστοιχες χημικές ιδιότητες, αφού σε κάθε περίπτωση η διακήρυξη απαιτούσε καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη και όχι αντίστοιχη ή εναλλακτική χημική ουσία, όρο που δεν αμφισβήτησε ο παρεμβαίνων, ο οποίος παρά την προδιαγραφή αυτή μετείχε ανεπιφυλάκτως στον διαγωνισμό. Κατά τα λοιπά, όμως το προϊόν που προσέφερε ο παρεμβαίνων περιέχει προπυλενική γλυκόλη (ή «προπυλενογλυκόλη»), η περιεκτικότητα στην οποία, κατά τις οικείες τεχνικές προδιαγραφές είχε τεθεί εναλλακτικά και διαζευκτικά και όχι σωρευτικά ως προς την περιεκτικότητα σε νατριούχο καρβοξυμεθυλοκυτταρίνη (και επομένως αρκούσε να περιλαμβάνεται η μία από τις δύο και όχι και οι δύο ουσίες στην περιεκτικότητα, σε αντίθεση με τον ειδικότερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός (κατ' αποδοχή του πρώτου ειδικότερου ισχυρισμού που τον συγκροτεί) και η προσβαλλομένη έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» ως προς το προϊόν με α/α 4 «ΥΔΡΟΤΖΕΛ ΜΕ 90% ΝΕΡΟ, ΝΑΤΡΙΟΥΧΟ ΚΑΡΒΟΞΥΜΕΘΥΛΟΚΥΤΤΑΡΙΝΗ ΚΑΙ ΑΛΓΗΝΙΚΟ ΑΣΒΕΣΤΙΟ, ΓΙΑ ΔΙΑΒΗΤΙΚΑ ΕΛΚΗ».

9. Επειδή, από το τεχνικό φυλλάδιο που υπέβαλε μετά της προσφοράς του για τα τμήματα 11 και 20 ο παρεμβαίνων, δηλαδή όσον αφορά το προϊόν ..., προκύπτει ότι αυτό αποτελείται από τρία στρώματα, ήτοι μη συγκολλητικό λιποκολλοειδή και πλεγματοειδή στρώση επαφής, αποτελούμενη από πολυεστέρα εμποτισμένο με βαζελίνη, υδροκολλοειδή και μόρια αλάτων αργύρου, δεύτερον, ανεπτυγμένη στρώση αφρού πολυουρεθάνης υψηλής απορροφητικότητας και τρίτον ημιδιαπερατή επίστρωση από πολυουρεθάνη. Ούτως, το προϊόν δεν περιέχει μόρια αργύρου καταμεμημένα σε όλη τη δομή του αφρώδους υλικού, αφού αυτά βρίσκονται μόνο στην κατώτερη στρώση και όχι στο ενδιάμεσο αφρώδες και αυτό είναι άσχετο με το αν τυχόν κατά την επίθεση του προϊόντος επί του τραύματος τα μόρια αργύρου τυχόν διαχέονται στο σύνολο του υλικού, αφού ο

Αριθμός απόφασης: 171/2018

οικείος όρος της διακήρυξης ήταν σαφής και ουδέποτε αμφισβητήθηκε και η απαίτηση για ομοιογενή κατανομή αφορούσε την εξαρχής θέση του αργύρου και όχι την τυχόν κατά τη χρήση του επιθέματος απελευθέρωση του («Αφρώδη επιθέματα ...διαρκούς απελευθέρωσης υδροενεργού αργύρου ομοιογενώς κατανεμημένου σε όλη τη δομή του αφρώδους...»). Περαιτέρω, τόσο από αυτοψία που έλαβε χώρα επί του προϊόντος, όσο και από τις Απόψεις της αναθέτουσας, δεν προκύπτει ότι το προϊόν διαθέτει λεπτότερες άκρες στην περίμετρό του, πράγμα που ομοίως δεν προκύπτει ούτε από το ως άνω τεχνικό φυλλάδιο. Επιπλέον, το αφρώδες δεν έρχεται σε όλη του την έκταση σε επαφή με το τραύμα, αφού παρεμβάλλεται, ως εκ της ως άνω εξάλλου περιγραφής του τεχνικού φυλλαδίου, η κατώτερη πλεγματοειδής στρώση, πράγμα που ομοίως συνομολογείται από την αναθέτουσα. Οι δε ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος κατά των ως άνω τριών ισχυρισμών της προσφυγής που αναπτύσσονται στο πλαίσιο των, κοινού μεταξύ τους περιεχομένου, δεύτερου και τρίτου λόγου της προσφυγής, όπως προκύπτει και από την ίδια τη διατύπωσή τους και ο,τι αναφέρουν συνιστούν, κατά τα ανωτέρω, απαραδέκτως προβαλλόμενες και σε κάθε περίπτωση μη δυνάμενες ληφθούν υπόψη προς διάγνωση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς του, αμφισβητήσεις της σκοπιμότητας, καταλληλότητας και ιδίως αναγκαιότητας των οικείων τεχνικών προδιαγραφών, την παράβαση των οποίων επικαλείται ο προσφεύγων, συνομολογεί και σε κάθε περίπτωση δεν αντικρούει ο παρεμβαίνων. Και τούτο, διότι το κρινόμενο εν προκειμένω ζήτημα δεν αφορά την εν γένει ποιότητα του προϊόντος που προσέφερε ο παρεμβαίνων, αλλά τη συμμόρφωσή του με τους όρους της διακήρυξης. Η δε γνώμη του παρεμβαίνοντος ότι οι οικείοι όροι αποτελούν δευτερεύοντα χαρακτηριστικά, δεν συνεχονται με τα κατά τον παρεμβαίνοντα ουσιαστικά ζητούμενα της προμήθειας ή είναι ήσσονος σημασίας, αλυσιτελώς προβάλλεται αφού δεν αναιρεί ότι ο παρεμβαίνων μετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με αυτούς ακριβώς τους όρους και τις προδιαγραφές, χωρίς να αμφισβητήσει τη νομιμότητα, καταλληλότητα και αναγκαιότητά τους. Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλεται και η, κατά τον παρεμβαίνοντα, πλήρωση εκ μέρους του προϊόντος του των «κατ' ουσίαν» απαιτήσεων των προδιαγραφών, αφού δεν είναι, κατά τα παραπάνω, δυνατόν να μεταβληθεί το σαφές περιεχόμενο και ακριβές γράμμα αυτών των

Αριθμός απόφασης: 171/2018

προδιαγραφών με το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης ερμηνεία τους και νέα κρίση περί τυχόν, διαφορετικού του πραγματικού, ρητού και τυπικού, «ουσιαστικού» περιεχομένου τους, ήτοι όσον αφορά τη σκοπιμότητά των προδιαγραφών αυτών. Συνεπώς, το σύνολο των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, όσον αφορά τόσο τον δεύτερο όσο και τον τρίτο λόγο (δεδομένης εξάλλου της ταυτότητας προσφερομένου προϊόντος τόσο για το τμήμα 11 όσο και για το τμήμα 20 από τον παρεμβαίνοντα, όσο και για, αλλά και του ταυτόσημου περιεχομένου των οικείων τεχνικών προδιαγραφών) είναι βάσιμοι, ενώ δεδομένου ότι όλες οι τεχνικές προδιαγραφές είχαν τεθεί σωρευτικά για αμφότερα τα είδη των ως άνω τμημάτων (και όχι τυχόν διαζευκτικά, εναλλακτικά ή προαιρετικά) ούτως ή άλλως η αποδοχή έστω και ενός από τους παραπάνω ισχυρισμούς περί μη συμμόρφωσης με κάθε επιμέρους πτυχή των τεχνικών προδιαγραφών θα ήταν επαρκής για την απόρριψη της προσφοράς για έκαστο εκ των δύο ως άνω προϊόντων. Επομένως, ο δεύτερος και ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί και να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» ως προς τα προϊόντα με α/α 11 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΥΔΡΟΠΟΛΥΜΕΡΕΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ ΠΕΡΙΠΟΥ 10X10cm» (κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής) και α/α 20 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΟ ΠΟΛΥΟΥΡΕΘΑΝΗΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΣΕ ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΠΕΡΙΠΟΥ 15X15cm» (κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής).

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή εν όλω η Προδικαστική Προσφυγή κατ' αποδοχή και των τριών λόγων της, ήτοι όσον αφορά και τα τρία είδη-τμήματα του διαγωνισμού για τα οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος ενέκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προς τα προϊόντα με α/α 4, 11 και 20. Να απορριφθεί η Παρέμβαση.

9. Επειδή, συνεπεία της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση της με αρ. 3/24.1.2018 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου (θέμα 21ο) της αναθέτουσας αρχής «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ-ΓΝ ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ» καθ' ο μέρος αυτή εγκρίνοντας το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού της ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 12/2017, επί του σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... όσον αφορά τα τμήματα των ειδών της διακήρυξης με α/α 4 «ΥΔΡΟΤΖΕΛ ΜΕ 90% ΝΕΡΟ, ΝΑΤΡΙΟΥΧΟ ΚΑΡΒΟΞΥΜΕΘΥΛΟΚΥΤΤΑΡΙΝΗ ΚΑΙ ΑΛΓΗΝΙΚΟ ΑΣΒΕΣΤΙΟ, ΓΙΑ ΔΙΑΒΗΤΙΚΑ ΕΛΚΗ», α/α 11 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΥΔΡΟΠΟΛΥΜΕΡΕΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΔΙΑΣΤΑΣΕΙΣ ΠΕΡΙΠΟΥ 10Χ10cm» (κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής) και α/α 20 «ΕΠΙΘΕΜΑ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΟ ΠΟΛΥΟΥΡΕΘΑΝΗΣ ΜΕ ΙΟΝΤΙΚΟ ΑΡΓΥΡΟ ΜΗ ΚΟΛΛΗΤΙΚΟ ΣΕ ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΠΕΡΙΠΟΥ 15Χ15cm» .

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε ο προσφεύγων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-2-2018 και εκδόθηκε 26-2-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ