

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.01.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 178/21.01.2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...», με δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ...«...» και του αποσπάσματος των Πρακτικών ... και ... της συνεδρίασης ...του Δ.Σ. του

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης του Δ.Σ. του ... κατά το μέρος που απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά.

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

3. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ...Διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοιχτός, διεθνής διαγωνισμός με αντικείμενο την Προμήθεια

Αριθμός Απόφασης: 532 / 2021

ορθοπεδικών υλικών, για ... διαφορετικά είδη, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα ή για όλα, προϋπολογισθείσας αξίας 438.290,3 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ) για δύο έτη και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 10.08.2020, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12.08.2020 και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.08.2020, όπου έλαβε α/α στο Σύστημα Ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίσθηκε η 24η/9/2020 και ώρα 15.00 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 30η/9/2020 και ώρα 11.00. Στο διαγωνισμό υπέβαλλαν προσφορά για το είδος με α/α ..., μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα ««...» και η παρεμβαίνουσα «...», αναδείχθηκε δε προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α ... η παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού 600,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου λαμβανομένης υπόψιν της αξίας του είδους με α/α ... της σύμβασης, στο οποίο αφορά η υπόψη Προσφυγή.

5. Επειδή, ακόμη κι αν η προσφεύγουσα δεν ασκεί την Προσφυγή της με τη χρήση του απαιτούμενου, κατά τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, τυποποιημένου εντύπου Προδικαστικής Προσφυγής, τούτη γίνεται δεκτό ότι ασκείται παραδεκτως, καθότι δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται από το Νόμο επί ποινή απαραδέκτου (ΔΕΦΚομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ 47/2018, 97/2017).

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 438.290,3 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο

Αριθμός Απόφασης: 532 / 2021

πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. 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, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την προσβαλλόμενη απόφαση στις 11.01.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, και η Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 21.01.2021, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

8. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της για το είδος με α/α ..., με συνέπεια να ματαιώνεται η προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης για το είδος αυτό.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με την οποία απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της για το είδος με α/α ... λόγω μη πλήρωσης των ζητούμενων προδιαγραφών και ειδικότερα διότι η χημική σύσταση του μοσχεύματος είναι ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο, προβάλλοντας τα εξής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως προκρίνεται η επιλογή είδους με σύσταση ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο, έναντι του δικού της προσφερόμενου είδους με ποσοστά ... και ... αντίστοιχα, τα οποία υπερκαλύπτουν τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού. Επίσης, σημειώνει ότι η περιεκτικότητα σε ... περισσότερο υδροξυαπατίτη, σημαίνει ταχύτερη οστεοαναγέννηση, επομένως το προσφερόμενο εκ μέρους της υλικό, όχι μόνον είναι εντός των τεχνικών προδιαγραφών του εν λόγω διαγωνισμού, αλλά υπερκαλύπτει αυτούς σε αντίθεση με τα άλλα προσφερόμενα υλικά άλλων εταιρειών. Η δε απαιτούμενη ποσόστωση υλικών με σύσταση ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο συγκεκριμένα από το διαγωνισμό, ουδόλως αιτιολογείται, με αποτέλεσμα ο διαγωνισμός να καταλήγει ως "φωτογραφικός" αναφορικά με τα

Αριθμός Απόφασης: 532 / 2021

συγκεκριμένα ποσοστά σύστασης, ενώ σαφώς και θα έπρεπε να κριθεί ότι η υψηλότερη ποσόστωση υδροξυαπατίτη (πλέον ...%) στο προσφερόμενο από την ίδια υλικό, καθιστά αυτό καλύτερο τεχνικά από τα άλλα προσφερόμενα υλικά, καθόσον στα συγκεκριμένα υλικά ο υδροξυαπατίτης είναι το βασικό και καίριο συστατικό από το οποίο κρίνεται η ταχύτητα οστοαναγέννησης, η οποία αυξάνεται όσο περισσότερη ποσόστωση υδροξυαπατίτη έχει στην σύστασή του ένα υλικό. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της αφορά σε τιμή τεμαχίου κατά ... χαμηλότερη (145,00€ χωρίς ΦΠΑ) και πιο συμφέρουσα, έναντι της προσωρινά μειοδότης εταιρείας ..., με τιμή τεμαχίου 520,00€ (χωρίς ΦΠΑ), οπότε και θα μπορούσε να επιτευχθεί οικονομική ωφέλεια για το Νοσοκομείο 26.250€ πλέον ΦΠΑ (520,00€-145,00€=375,00€ & 145,00x70τεμ.=10.150,00€) και μάλιστα με προμήθεια ενός υλικού με καλύτερες τεχνικές προδιαγραφές από αυτές που έχει το υλικό της προσωρινής μειοδότης.

10. Επειδή, παρεμβαίνει η προσωρινή ανάδοχος εταιρία «...», η οποία Παρέμβαση κατατέθηκε εμπροθέσμως και δη σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην προσωρινή ανάδοχο-παρεμβαίνουσα στις 22.01.2021 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και η Παρέμβαση ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 01.02.2021, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας. Η παρεμβαίνουσα εταιρία, ως έχουσα προφανές έννομο συμφέρον προς τούτο, καθότι με την Προσφυγή επιδιώκεται η ακύρωση της πράξης της αναθέτουσας αρχής με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και εν συνεχεία αναδείχθηκε η ίδια προσωρινή ανάδοχος για το είδος με α/α ..., ισχυρίζεται τα εξής: Κατ'αρχήν η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η υπό κρίση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως χωρίς τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου προδικαστικής προσφυγής που προβλέπεται στον Κανονισμό εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, σε κάθε δε περίπτωση ότι από το υπό κρίση δικόγραφο της προσφεύγουσας ελλείπουν συγκεκριμένα στοιχεία τα οποία συνιστούν υποχρεωτικό περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής, και

ειδικότερα το ποσό της κατακυρωθείσας προσφοράς και η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του προσφεύγοντος. Εν συνεχεία, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενες με την προσφυγή αιτιάσεις συνιστούν, κατ' αληθινή εκτίμηση του δικογράφου, προσβολή όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, διότι δεν κατατείνουν πρωτίστως σε κάποια πλημμέλεια της απόφασης της αναθέτουσας, αλλά στη νομιμότητα-ορθότητα των όρων αυτών και ως εκ τούτου προβάλλονται απαραδέκτως. Συγκεκριμένα, κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα δεν έχει προβεί σε καμία διατύπωση επιφύλαξης, ούτε έχει ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά των όρων της διακήρυξης. Επίσης, δεν έχει καν προβεί στη διατύπωση διευκρινιστικών ερωτημάτων επί των όρων της διακήρυξης για το υπόψη ζήτημα, καθόσον ουδέποτε έχει κοινοποιηθεί στην παρεμβαίνουσα κάποιου είδους απάντηση της αναθέτουσας σε σχέση με αυτό. Δηλαδή, η προσφεύγουσα αποδέχθηκε εμπράκτως το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης σε κάθε επίπεδο και με τις παραλείψεις της κατέστησε σαφές και ότι τον έχει κατανοήσει. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε ποιος ειδικότερος κανόνας παραβιάζεται με το συγκεκριμένο όρο, ούτε κυρίως για ποιο λόγο τελικά συμμετείχε και υπέβαλλε ανεπιφύλακτη προσφορά ενόσω γνώριζε την ύπαρξη αυτού του όρου και κατανοούσε το περιεχόμενό του. Όλως συμπληρωματικά, αξίζει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται, ούτε όμως αποδεικνύει και τεκμηριώνει ύπαρξη μη ουσιώδους απόκλισης της προσφοράς της σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης (δηλαδή να ισχυριστεί ότι το ποσοστό ...% υδροξυαπατίτη δε συνιστά ουσιώδη απόκλιση σε σχέση με το ...%), ισχυρισμός που ενδεχομένως θα μπορούσε να αξιολογηθεί, εφόσον υπήρχε αποδεκτή επιστημονική τεκμηρίωση. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική απαίτηση δεν έθετε κατώτατο όριο περιεκτικότητας σε υδροξυαπατίτη, αλλά απαιτούσε ρητά τη συγκεκριμένη τιμή επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Οι συμμετέχοντες, δηλαδή, έπρεπε να υποβάλλουν προσφορές αναφορικά με το συγκεκριμένο υλικό που να ευθυγραμμίζεται απολύτως με αυτή την προσδιορισμένη σύσταση. Ο λόγος για τη συγκεκριμένη επιλογή έγκειται στο ότι η σύσταση αυτή υποστηρίζεται από

επιστημονική βιβλιογραφία, την οποία επικαλείται. Ως εκ τούτου, κατά την παρεμβαίνουσα, η σύσταση του υλικού που προσέφερε η προσφεύγουσα αφενός εκφεύγει και μάλιστα σημαντικά σε σχέση με την προσδιορισμένη τιμή των όρων της προκήρυξης, αφετέρου δεν υποστηρίζεται βιβλιογραφικά. Το μείζον όμως είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι και τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς η προσφεύγουσα παραπονεείται αφενός για το ότι η περιεκτικότητα σε υδροξυαπατίτη τέθηκε ως ακριβής τιμή και όχι ως ελάχιστη, αφετέρου για το ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να σταθμίσει τις προσφορές με κριτήρια ποιοτικά (περιεκτικότητα υλικού) και όχι με κριτήρια οικονομικά, δηλαδή βάσει χαμηλότερης τιμής, ήτοι και πάλι απαραδέκτως στρέφεται κατά των όρων της διακήρυξης. Επίσης, κατά την παρεμβαίνουσα, και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συγκεκριμένη τεχνική απαίτηση συνιστά φωτογραφική προδιαγραφή αφορά στο κύρος του προσβαλλόμενου όρου και προβάλλεται απαραδέκτως. Τέλος, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η τιμή της δικής της προσφοράς ήταν χαμηλότερη από την προσφορά της παρεμβαίνουσας, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ο λόγος αυτός αλυσιτελώς και απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα, ελλείπει εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι, δεδομένης της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω ουσιώδους απόκλισης από τους όρους της διακήρυξης, απαραδέκτως και εσφαλμένως αυτή παραπονεείται και υποβάλλει αιτιάσεις για την απόφαση της αναθέτουσας που αφορά στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, καθόσον έχει απωλέσει τη θέση της ως συμμετέχουσα στο συγκεκριμένο τμήμα του διαγωνισμού. Τέτοιοι ισχυρισμοί θα ήταν επιτρεπτό να προβληθούν μόνο στην περίπτωση κατά την οποία η τεχνική της προσφοράς αναφορικά με το υλικό με αύξοντα αριθμό ..., τηρούσε τους όρους της διακήρυξης, δηλαδή μόνο εφόσον είχε γίνει αποδεκτή από την αναθέτουσα.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 01.02.2021 έγγραφο με τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, με τις οποίες εκθέτει αναλυτικά και με παραπομπές στην βιβλιογραφία τους λόγους για τους οποίους έχει επιλεχθεί για το είδος με α/α ... ότι η χημική σύσταση του προσφερόμενου μοσχεύματος είναι ...

υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο. Τέλος, ως προς το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει εφόσον η προσφεύγουσα εταιρεία δεν κατέθεσε την προσφορά της με επιφύλαξη προκειμένου να καταδείξει ότι πράγματι βλάπτεται από τους όρους της διακήρυξης, αλλά, αντιθέτως, κατέθεσε προσφορά χωρίς επιφύλαξη, προκύπτει ότι δεν υπήρχε πραγματική βλάβη των συμφερόντων της και ως εκ τούτου κατέθεσε προσφορά με διαφορετικά χαρακτηριστικά από τα ζητούμενα για το είδος με α/α ... του διαγωνισμού (... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο αντί ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο). Επομένως δεν στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της ...απόφασης του ΔΣ του Νοσοκομείου.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε το από 19.02.21 Υπόμνημά της προς αντίκρουση των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το οποίο όμως υποβλήθηκε απαραδέκτως, καθότι, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το Υπόμνημα κατατίθεται μόνον προς αντίκρουση των απόψεων και της επί αυτών συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και όχι προς αντίκρουση των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της

Αριθμός Απόφασης: 532 / 2021

ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

14. Επειδή, περαιτέρω, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium).

15. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό. Ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την ως άνω αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, οι οποίες πρέπει να συντρέχουν, καθώς επίσης και να αποδεικνύονται κατά τον χρόνο και εντός των αποκλειστικών προθεσμιών που ορίζονται στην Διακήρυξη.

16. Επειδή, στο Παράρτημα ...της Διακήρυξης, ορίζεται ότι : *«Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται ως τεχνική προσφορά όλα τα απαιτούμενα ΤΕΧΝΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ-ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ-ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ όπως αναλυτικά περιγράφονται στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ ... και Η τεχνική προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος ως το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ...καθώς και τις τεχνικές προδιαγραφές του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Στην*

συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf. Εφόσον απαιτήσεις της διακήρυξης για την τεχνική προσφορά δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει στην τεχνική του προσφορά ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια (δηλ. *Prospectus* σε μορφή PDF ή συμπιεσμένα), θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (*Prospectus*) του κατασκευαστικού οίκου. Προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με τα παραπάνω οριζόμενα απορρίπτονται» και στο Παράρτημα ... της διακήρυξης, αναφορικά με το είδος με α/α ... απαιτείται : «*Διφασικό υποκατάστατο οστικό μόσχευμα βιοσυμβατό ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο, βιοσυμβατό, απορροφήσιμο, για οστεοκαθοδήγηση, οστεογένεση και ενσωμάτωση σε συσκευασία των ..., με πορώδεις κόκκους/κύβους πλευράς ..., πάστα, κύβους, ράβδους και σφήνες*».

17. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι το προσφερόμενο εκ μέρους της είδος με α/α ... με σύσταση ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο υπερκαλύπτει την ζητούμενη ως άνω προδιαγραφή, κατά την οποία απαιτείται ... υδροξυαπατίτη και ... β-φωσφορικό ασβέστιο, διατυπώνονται τα εξής: Η προσφεύγουσα ουδόλως αποδεικνύει με τον ως άνω ισχυρισμό της κατά ποιον τρόπο πράγματι υπερκαλύπτεται η ζητούμενη προδιαγραφή, διότι, προς τούτο δεν αρκεί μόνον ότι το προσφερόμενο εκ μέρους της είδος περιέχει σε ποσοστό ... παραπάνω από το ζητούμενο τα συστατικά της υδροξυαπατίτης και του β-φωσφορικού ασβεστίου, αλλά

απαιτείται περαιτέρω να αποδεικνύεται ότι και τις προσφερόμενες ως άνω αναλογίες συστατικών εξυπηρετείται εξίσου ο επιδιωκόμενος σκοπός. Τούτο, άλλωστε, επιβεβαιώνει και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, όπου ισχυρίζεται ότι : «...Η συγκεκριμένη αναλογία (... υδροξυαπατίτη ... φωσφορικό ασβέστιο) στο κεραμικό έχει τεκμηριωθεί για χρήση σε μεγάλα ογκολογικά κέντρα του εξωτερικού όπως έχει αποδειχθεί στην αντίστοιχη βιβλιογραφία. Η αναλογία ... υδροξυαπατίτη ... φωσφορικό ασβέστιο εξασφαλίζει κλινικά αποτελέσματα αντίστοιχα των αυτόλογων μοσχευμάτων χωρίς τις επιπλοκές από τη δότρια περιοχή. Η ακεραιότητα του οστού και η αρθρική σταθερότητα αποκαθίστανται με τον πιο βιολογικό τρόπο, τα προεγχειρητικά συμπτώματα παρέρχονται και διαφυλάσσεται η παρακείμενη άρθρωση. Η συγκεκριμένη αναλογία έχει αποδειχθεί ότι παρέχει τη βέλτιστη οστεοκαθοδηγητική συμπεριφορά. Το κεραμικό με αναλογία ... υδροξυαπατίτη ... φωσφορικό ασβέστιο αποτελεί ένα τελείως διαφορετικό μόσχευμα με διαφορετικά κλινικά αποτελέσματα. Η υψηλότερη αναλογία υδροξυαπατίτη ... ακριβώς λόγω της μη διαλυτότητας του, έχει ως αποτέλεσμα να παραβλάπτεται ο ρυθμός βιοαποδόμησης/βιοαναγέννησης οδηγώντας σε χειρότερη αναλογία ινώδους/κοκκιωματώδους ιστού. Ειδικά όσον αφορά την ταχύτητα οστεοαναγέννησης σε συνθήκες χρήσης του κεραμικού για την πλήρωση ελλειμάτων και όχι ως επιφάνεια διεπαφής οστού – μεταλλικού εμφυτεύματος, αυτή εξαρτάται από την επαγόμενη αγγείωση. Η αγγείωση επάγεται από την βιοαποδόμηση του φωσφορικού ασβεστίου μέσω κυτταρικών και μοριακών μηχανισμών που εξασφαλίζουν την ανάπτυξη νέου οστού. Υψηλότερο ποσοστό υδροξυαπατίτη στο κεραμικό ο οποίος δρα ως μηχανικό ικρίωμα έχει ως αποτέλεσμα βραδύτερη οστεοαναγέννηση και οστεοενσωμάτωση. Περαιτέρω, έχει αποδειχθεί ότι οι οστεοκλάστες δεν μπορούν να απορροφήσουν κεραμικό με αναλογία ... υδροξυαπατίτη .. φωσφορικό ασβέστιο ή ... υδροξυαπατίτη. Η βιοαποδόμηση όμως του κεραμικού είναι αναγκαία για την οστεοαναγέννηση και την οστεοενσωμάτωση. Η οστεοενσωμάτωση είναι δυναμική διαδικασία σύγχρονης απορρόφησης και αναγέννησης που οδηγεί στην ασφαλή πλήρωση του οστικού ελλείματος και στο άριστο κλινικό αποτέλεσμα. Η κλινική μας

εφαρμόζει το συγκεκριμένο κεραμικό σε πολύ μεγάλο αριθμό ογκολογικών ασθενών για πάνω από δέκα χρόνια με άριστα αποτελέσματα χωρίς επιπλοκές. Για τους ανωτέρω λόγους, τα χαρακτηριστικά των εμφυτευμάτων που είναι κατάλληλα για τους ... ασθενείς πληρούν συγκεκριμένα κριτήρια τεκμηριωμένα και βιβλιογραφικά αλλά και μέσα από την κλινική πράξη. Οποιαδήποτε αλλαγή δεν είναι αποδεκτή γιατί θα οδηγήσει σε καταστροφές παραβιάπτοντας την πρόγνωση των ασθενών». Ως εκ τούτου, κατά την έννοια της επίμαχης προδιαγραφής, το προσφερόμενο είδος με α/α ... πρέπει να περιέχει την συγκεκριμένη αναλογία ... υδροξυαπατίτη και ... φωσφορικό ασβέστιο, σε καμία δε περίπτωση τα ως άνω ποσοστά δεν τίθενται ως ελάχιστες απαιτούμενες τιμές αναλογίας των δύο ως άνω συστατικών. Δοθέντος δε ότι το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα είδος με α/α ... περιέχει ... υδροξυαπατίτη και ... φωσφορικό ασβέστιο διαπιστώνεται η απόκλιση από την ζητούμενη προδιαγραφή, ορθώς δε η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για τον λόγο αυτόν.

18. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η απαιτούμενη με την επίμαχη προδιαγραφή αναλογία υδροξυαπατίτη και φωσφορικού ασβεστίου τίθεται φωτογραφικώς, ότι η περιεκτικότητα σε ... περισσότερο υδροξυαπατίτη προσφέρει ταχύτερη οστεοαναγέννηση και ότι σε κάθε περίπτωση ο ίδιος προσφέρει χαμηλότερη τιμή με καλύτερες τεχνικές προδιαγραφές απορρίπτονται ως απαράδεκτοι. Και τούτο διότι, με τους ως άνω ισχυρισμούς η προσφεύγουσα βάλλει κατ'ουσίαν κατά του επίμαχου όρου της διακήρυξης όπως και κατά του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής, αντί της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση την εκτίμηση ποιότητας-τιμής, ισχυρισμοί όμως που χωρίς έννομο συμφέρον και δη απαραδέκτως προβάλλονται κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣτΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009), που γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι με την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιδιώκεται η

εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Επιπροσθέτως και επί διακήρυξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση επιφύλαξης (ΕΑ ΣΤΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού η προσφεύγουσα έχει υποβάλλει την προσφορά της για το είδος με α/α ... χωρίς επιφύλαξη ως προς του όρους της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της Διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, όπου ανεπικαίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης λόγοι που κατ' ουσίαν στρέφονται και κατά της Διακήρυξης.

19. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 532 / 2021

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 600,00 ευρώ, να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή

Δέχεται την Παρέμβαση.

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

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 1 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 22 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός