

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21/3/2022 συγκροτούμενο από το Μέλος Αθηνά Μπουζιούρη.

Για να εξετάσει την από 17/2/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 261/17-2-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής: η παρεμβαίνουσα) που εδρεύει στ.. ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. πρωτ. 6004/8-2-2022 απόφασης Διοικητή της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος αυτής, με το οποίο απερρίφθη η τεχνική προσφορά της και αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης «Προμήθειας και εγκατάστασης τριών μηχανημάτων μέτρησης οστικής πυκνότητας για τα Κ.Υ. ...,... και ...', Υποέργο 1 της Πράξης με κωδικό Ο.Π.Σ. ..., στο Επιχειρησιακό πρόγραμμα '... 2014-2020».

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 16/2/2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του

Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη 'δεσμευμένο'), το οποίο καταβάλλεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την ανάθεση αναδόχου της σύμβασης «Προμήθειας και εγκατάστασης τριών μηχανημάτων μέτρησης οστικής πυκνότητας για τα Κ.Υ. και ...», Υποέργο 1 της Πράξης με κωδικό Ο.Π.Σ. ..., στο Επιχειρησιακό πρόγραμμα «... 2014-2020» συνολικού προϋπολογισμού 120.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 11/1/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν το υπ' αριθ. 1528/15-01-2022 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποσφράγισης προσφορών και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και το υπ' αριθ. 5132/02-02-2022 πρακτικό αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών. Ειδικότερα, οι προσφορές αμφοτέρων των διαγωνιζόμενων έγιναν δεκτές στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, αλλά η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε λόγω απόκλισης από της τεχνικές προδιαγραφές και δεν βαθμολογήθηκε, ενώ η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας έγινε δεκτή και βαθμολογήθηκε. Στην προδικαστική προσφυγή περιλαμβανόταν και αίτημα αναστολής – χορήγησης προσωρινών μέτρων, το οποίο έγινε δεκτό με την υπ' αριθ. Α164/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ, με αποτέλεσμα η διαγωνιστική διαδικασία να έχει παραμείνει στο στάδιο βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών.

3. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 13/12/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του

Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 17/2/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 8/2/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον για την ακύρωση της απόφασης αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 18/2/2022.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 3/3/2022, νομίμως και εμπροθέσμως.

9. Επειδή, στις 28/2/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με έννομο συμφέρον, το οποίο συνίσταται στην προσδοκία ανάληψης της σύμβασης, κατόπιν του αποκλεισμού της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως συμπληρωματικό υπόμνημα επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 8/3/2022.

11. Επειδή, με την υπ' αριθ. 349/2022 Πράξη Μονομελούς Κλιμακίου ορίστηκε ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης

Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

13. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή η **προσφεύγουσα** βάλλει κατά του αποκλεισμού της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, κατά το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, ισχυριζόμενη ότι η αιτιολογία απόρριψής της είναι μη νόμιμη και εσφαλμένη για τους εξής λόγους: «*Η επίμαχη 8η τεχνική προδιαγραφή της Διακήρυξης ορίζει τα εξής: '8. Να προσφερθεί, προς επιλογή, πρόγραμμα TBS (Trabecular Bone Score) για συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος'. Περαιτέρω, στον ειδικό όρο 5.6. της Διακήρυξης με τον τίτλο 'Λοιποί Όροι - Διευκρινίσεις' (σελ.66), τον οποίον η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να λάβει υπόψη, ορίζονται τα εξής: '5.6. Τυχόν αναφορά σε συγκεκριμένες ονομασίες προϊόντος νοείται (έστω και αν εκ παραδρομής δεν αναφέρεται) ότι αφορά σε όλα τα ισοδύναμα προϊόντα αυτού'. Επίσης, στο άρθρο 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: '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 να 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'. Από το συνδυασμό των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης, ιδωμένων υπό το φως του άρθρου 54 παρ.4 του Ν. 4412/2016, αε σαφήνεια προκύπτει ότι η απαντώμενη στην τεχνική προδιαγραφή 8 μνεία στο συγκεκριμένης προέλευσης λογισμικό τύπου TBS, που κατασκευάζεται από την εταιρεία ..., νοείται στη Διακήρυξη μόνον κατ' εξαίρεση, εφόσον συνοδεύεται από τον όρο 'ισοδύναμο'. Πράγματι, ο ειδικός όρος 5.6. της Διακήρυξης, ικανοποιώντας την επιταγή του άρθρου 54 παρ.4 Ν.4412/20216, ρητά διευκρινίζει ότι τυχόν αναφορά σε συγκεκριμένες ονομασίες προϊόντος, όπως εν προκειμένω στο πρόγραμμα ... του κατασκευαστή ..., νοείται ότι αφορά σε όλα τα ισοδύναμα προϊόντα αυτού. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση η τεχνική προδιαγραφή 8 συνδυαστικά με τον ειδικό όρο 5.6. εκλαμβάνονται ως εξής: - Να προσφερθεί, προς επιλογή, πρόγραμμα ... ή άλλο ισοδύναμο προϊόν αυτού για συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος'. Πέραν του ότι τα ανωτέρω προκύπτουν ρητώς από το γράμμα των επικαλούμενων διατάξεων της Διακήρυξης, οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία θα κατασττούσε τη Διακήρυξη ευθέως αντίθετη στο άρθρο 54 παρ. 4 Ν. 4412/2016, που απαγορεύει τη μνεία σε συγκεκριμένες κατασκευές ή προελεύσεις, γεγονός το οποίο θεωρούμε ως δεδομένο ότι δεν ήταν η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής, ιδίως αφού ο διαγωνισμός χρηματοδοτείται από το ΕΣΠΑ, στη σχετική δε με αρ. ... εγκριτική πράξη της Περιφέρειας ... περιλαμβάνεται η απαίτηση 'Να τηρεί την Κοινοτική και Εθνική Νομοθεσία κατά την εκτέλεση της πράξης και ιδίως όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις, την αειφόρο ανάπτυξη,...' (ΣΧΕΤ.3). Άλλωστε, πρέπει να ληφθεί υπόψη και το γεγονός ότι κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας- τιμής (βάσει κριτηρίων αξιολόγησης), που δίνει την ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή να συγκρίνει το πρόγραμμα ... της ...που είναι ενσωματωμένο στο σύστημα οστικής πυκνότητας ... που προσφέρει η ανθυποψήφια μας '...' με κάθε άλλο ισοδύναμο πρόγραμμα. Τέλος, πρέπει να συνεκτιμηθεί ότι το πρόγραμμα σχετικά με τον μελλοντικό κίνδυνο κατάγματος ζητείται μόνο προς επιλογή που σημαίνει ότι δεν αποτελεί προτεραιότητα για

την Αναθέτουσα Αρχή, άλλως θα είχε συμπεριληφθεί στο βασικό εξοπλισμό. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω η προσφορά μας, που ρητώς περιλαμβάνει προς επιλογή, όπως ζητείται από τη Διακήρυξη, πρόγραμμα κατάλληλο για τη συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος, ισοδύναμο του αναφερόμενου ..., και συγκεκριμένα το σύστημα ... του οίκου ..., υπήρξε απόλυτα σύμφωνη με τη Διακήρυξη κατά τα προαναφερθέντα. Ειδικότερα, στο Φύλλο Συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς μας ρητώς και ανεπιφύλακτα δηλώσαμε ότι πληρούται η τεχνική προδιαγραφή 8 της Διακήρυξης ως εξής (ΣΧΕΤ.1): 'ΝΑΙ.Προσφέρεται,προςεπιλογή,πρόγραμμα30 - ..., το οποίο είναι ισοδύναμο πρόγραμμα με το αναφερόμενο για συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος. Το πρόγραμμα ... έχει αναπτυχθεί από τον κατασκευαστικό οίκο ... και έχει δυνατότητα να • Υποδεικνύει αυξημένο κίνδυνο κατάγματος που σχετίζεται με χαμηλή οστική πυκνότητα του trabecular bone - Υποστηρίζει ιατρική απόφαση για τη διενέργεια προγενέστερης παρακολούθησης (στο 1/2 έτος) - Υποστηρίζει ιατρική απόφαση για την έναρξη μιας φαρμακολογικής θεραπείας. Το πρόγραμμα ... μπορεί να βοηθήσει στην πρόβλεψη του κατάγματος και στην καλύτερη διαχείριση των ασθενών 'υψηλού κινδύνου', ιδίως: - Οστεοπενικοί ασθενείς - Δευτεροπαθής οστεοπόρωση (γλυκοκορτικοειδών, καρκίνος...). Το ... είναι μια πρωτοποριακή τεχνολογία που χρησιμοποιεί εικόνες ρουτίνας BMD για τη μοντελοποίηση μιας τρισδιάστατης εικόνας του μηριαίου οστού. Αυτή η τεχνολογία φέρνει νέες πληροφορίες σχετικά με τη δομή του φλοιού και του Trabecular bone για μια πιο ακριβή διαγνωστική και προσαρμοσμένη θεραπεία. Η τρισδιάστατη μοντελοποίηση αναλύει το εγγύς μηριαίο οστό και παρέχει στους κλινικούς γιατρούς μια ξεχωριστή αξιολόγηση του Trabecular Bone και του φλοιώδους οστού. Επίσης το σύστημα μπορεί να αναβαθμιστεί (προσφέρεται προς επιλογή) με εξειδικευμένο λογισμικό αξιολόγησης της σαρκοπενίας (Sarcopenia assessment). Ανάλογα με τον επιλεγμένο ορισμό, χρησιμοποιεί τις αυτόματα μετρούμενες τιμές Appendicular Lean Mass/Height² σε συνδυασμό με τις χειροκίνητα μετρούμενες τιμές ταχύτητας βάδισης (φυσική απόδοση) και δύναμης στη λαβή (μυϊκή δύναμη)'. Τεκμηριώσαμε, πλήρως την ανωτέρω καταφατική δήλωσή μας, παραπέμποντας μέσω του Φύλλου Συμμόρφωσης, στα οικεία τεχνικά φυλλάδια του οίκου... που επεξηγούν τις

δυνατότητες του προγράμματος ... και αποδεικνύουν την ισοδυναμία του με το TBS, και συγκεκριμένα στα εξής Τεχνικά Φυλλάδια: α. Φυλλάδιο 1 (Σελ. 6 §8), β. Φυλλάδιο 2 Σελ.2, 6, 8 §8, γ. Φυλλάδιο 3 Σελ.1, 2 §8 και δ. Τεχνική Επιστολή οίκου ... Σελ. 2 §8 (ΣΧΕΤ. 5α-δ), τα οποία προσκομίζουμε με την παρούσα και προς την Αρχή Σας. Επισημαίνεται, τέλος, ότι με την προσφυγή μας δεν αμφισβητούμε το κύρος της Διακήρυξης, αντίθετα ζητούμε την εφαρμογή της ως το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, όχι αποσπασματικά, αλλά λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των όρων της. Οι δε διευκρινίσεις που ζητήθηκαν από την εταιρεία μας και δόθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή και τις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή παρέθεσε στην προσβαλλόμενη πράξη αφενός αφορούσαν το όλως διαφορετικό ζήτημα εάν η προσφορά του επίμαχου προγράμματος είναι προαιρετική ή υποχρεωτική, αφετέρου δε αφορούσαν αποκλειστικά την προδιαγραφή 8 και όχι τον ειδικό όρο 5.6 της Διακήρυξης. Συνεπώς, έσφαλε η Αναθέτουσα Αρχή και παραβίασε την προδιαγραφή 8, τον ειδικό όρο 5.6, τους όρους 2.3.2. και 2.4.6 της Διακήρυξης, καθώς και τα άρθρα 54 παρ. 4 και 91 του Ν.4412/2016, κρίνοντας την προσφορά μας ως απορριπτέα με μόνη αφορμή ότι τα μηχανήματα οστεοπόρωσης που προσφέραμε δεν έχουν ενσωματωμένο συγκεκριμένα το πρόγραμμα συνεκτίμησης του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος τύπου ... και προέλευσης από τον οίκο ..., χωρίς να την απασχολήσει, εάν αντί του ... προσφέραμε κάποιο ισοδύναμο προϊόν, όπως ρητώς επέτρεπε η Διακήρυξη και όπως ρητώς δηλώσαμε στο Φύλλο Συμμόρφωσης. Αντιθέτως, κατ' εφαρμογήν των προαναφερόμενων όρων της Διακήρυξης και του Νόμου (και έχοντας, επιπλέον ως γνώμονα την ανάπτυξη μεγαλύτερου ανταγωνισμού σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το επίμαχο πρόγραμμα ζητείται μόνον προς επιλογή), η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να κάνει δεκτή την προσφορά μας δεδομένου ότι, όπως τεκμηριώσαμε με τα υποβληθέντα τεχνικά φυλλάδια, προσφέραμε το ισοδύναμο με το αναφερόμενο ... πρόγραμμα ... για τη συνεκτίμηση του κινδύνου κατάγματος, συμμορφούμενοι με την τεχνική προδιαγραφή 8 και τον όρο 5.6. της Διακήρυξης, και να προβεί, ακολούθως, στην αξιολόγηση της προσφοράς μας». Επειδή, η **αναθέτουσα αρχή** στις απόψεις της αντιτάσσει στα ανωτέρω, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Στη προκειμένη περίπτωση, η Υπηρεσία

μας ορθώς προέβη στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και στον αποκλεισμό της από τη περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Και αυτό διότι όπως σαφώς προκύπτει από την απλή επισκόπηση της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, αυτή δε συμμορφώνεται με τις προβλεπόμενες επί ποινή απαραδέκτου τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης διακήρυξης. Ειδικότερα λοιπόν, η εν λόγω εταιρεία δεν συμμορφώνεται με την υπ' αριθ. 8 τεχνική προδιαγραφή, η οποία απαιτεί το προσφερόμενο από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς είδος να διαθέτει πρόγραμμα TBS (Trabecular Bone Score) το οποίο να έχει τη δυνατότητα εκτίμησης μελλοντικού κινδύνου κατάγματος του ασθενή, μετά την πραγματοποίηση εξέτασης μέτρησης οστικής πυκνότητας. Το λογισμικό δεν έχει συμπεριληφθεί στη βασική σύνθεση του μηχανήματος λόγω του περιορισμένου προϋπολογισμού του διαγωνισμού, αλλά προστέθηκε ως προς επιλογή, για μελλοντική αναβάθμιση του εξοπλισμού. Το συγκεκριμένο λογισμικό κατασκευάζεται από την εταιρεία ...και χρησιμοποιείται σε 5 μοντέλα μηχανημάτων μέτρησης οστικής πυκνότητας του κατασκευαστικού οίκου ... (...) και σε 5 μοντέλα του κατασκευαστικού οίκου ... (...). Οι κατασκευαστικοί οίκοι στην Ελλάδα εκπροσωπούνται από διαφορετικές εταιρείες. Το λογισμικό ... προσφέρει τη δυνατότητα εκτίμησης της μελλοντικής πιθανότητας κατάγματος σε βάθος χρόνου 10 ετών, με την αξιολόγηση της μικροαρχιτεκτονικής των οστών, όπως αυτή εξάγεται από την εικόνα μέτρησης της οστικής πυκνότητας βασιζόμενο στην υφή και τις διακυμάνσεις των επιπέδων φωτεινότητας των εικονοστοιχείων της εικόνας. Η εν λόγω μεθοδολογία δεν βασίζεται στην μέτρηση της τιμής BMD (Bone Mineral Density) – οστικής πυκνότητας σε μονάδες g/cm² – αλλά στην μικροαρχιτεκτονική των οστών του ασθενούς, που όπως αποδείχθηκε, αποτελεί αξιόπιστη μέθοδο εκτίμησης της πιθανότητας κατάγματος των ασθενών σε βάθος χρόνου 10 ετών μετά την πραγματοποίηση της εξέτασης. Η εν λόγω μεθοδολογία είναι ανεξάρτητη από την μέτρηση οστικής πυκνότητας (BMD) του ασθενούς και είναι πιστοποιημένη κατά FDA. Ο υπολογισμός της πιθανότητας κατάγματος με ανάλυση της μικροαρχιτεκτονικής των οστών θεωρείται πιο αξιόπιστη μέθοδος, σε σχέση με την χαρτογράφηση των τιμών BMD, εφόσον σύμφωνα με σχετικές μελέτες, ασθενείς με όμοιες τιμές οστικής

πυκνότητας διαθέτουν διαφορετική μικροαρχιτεκτονική των οστών, άρα και διαφορετική πιθανότητα κατάγματος (ακολουθεί παράδειγμα). Το λογισμικό TBS διαθέτει δυνατότητα υπολογισμού της πιθανότητας κατάγματος τη περιοχή του ισχίου και την δυνατότητα υπολογισμού των κύριων οστεοπορωτικών καταγμάτων στη περιοχή της σπονδυλικής στήλης, του αντιβραχίου και του ώμου. Λαμβάνοντας υπόψιν τα παραπάνω, το λογισμικό TBS επιλέχθηκε από την επιτροπή σύνταξης των προδιαγραφών, ως το πλέον αξιόπιστο πρόγραμμα υπολογισμού της πιθανότητας οστεοπορωτικών καταγμάτων λαμβάνοντας υπόψιν και το πλήθος των επιστημονικών εργασιών και αξιολογήσεων που δημοσιεύτηκαν σε επιστημονικά περιοδικά. Κατά την αποσφράγιση των προσφορών που κατατέθηκαν στον εν λόγω διαγωνισμό, διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία ... δεν προσέφερε στη προσφορά της το λογισμικό TBS αλλά το λογισμικό ... που σύμφωνα με την ίδια, είναι αντίστοιχο με το λογισμικό TBS, και παρέχει τις ίδιες δυνατότητες. Κατά την αξιολόγηση των προσφορών και όπως προκύπτει από τα τεχνικά φυλλάδια που κατατέθηκαν, προκύπτουν τα παρακάτω: • Το λογισμικό ... εξάγει τον χάρτη επιφανειακής πυκνότητας του οστικού φλοιού βασιζόμενο στη τιμή BMD και σε αποθηκευμένα μοντέλα ανασύνθεσης εικόνας, και όχι αποτελέσματα που σχετίζονται με την μικροαρχιτεκτονική των οστών όπως το ζητούμενο από την διακήρυξη λογισμικό. • Το λογισμικό ... δεν παρέχει ανεξάρτητα αποτελέσματα από την τιμή BMD όπως το ζητούμενο από την διακήρυξη λογισμικό. • Το λογισμικό ... δεν διαθέτει συνεκτίμηση των αποτελεσμάτων της ανάλυσης με τον δείκτη FRAX® (Fracture Risk Assessment Tool - University of Sheffield) όπως το ζητούμενο από την διακήρυξη λογισμικό. • Το λογισμικό ... μπορεί να εφαρμοστεί μόνο σε εξετάσεις μέτρησης οστικής πυκνότητας στη περιοχή του ισχίου και όχι στη περιοχή της σπονδυλικής στήλης, του αντιβραχίου και του ώμου, όπως το ζητούμενο από την διακήρυξη λογισμικό. • Το λογισμικό ... δεν διαθέτει πιστοποίηση κατά FDA όπως το ζητούμενο από την διακήρυξη λογισμικό. Λαμβάνοντας υπόψιν τα πιο πάνω το προσφερόμενο λογισμικό ... από την εταιρεία. ... δεν μπορεί να θεωρηθεί ισοδύναμο προϊόν με το λογισμικό TBS (Trabecular Bone Score), για αυτό και η επιτροπή προέβη στην απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας και του προσφερόμενου συστήματος μέτρησης οστικής πυκνότητας μοντέλο ... του κατασκευαστικού οίκου ...,

εφόσον δεν διαθέτει τις ίδιες δυνατότητες με το λογισμικό TBS και δεν καλύπτει τις ελάχιστες προδιαγραφές της διακήρυξης ...». Ομοίως, η **παρεμβαίνουσα** προβάλλει ότι το λογισμικό που προσφέρεται από την προσφεύγουσα δεν είναι ισοδύναμο με το ζητούμενο από τις τεχνικές προδιαγραφές.

14. Επειδή, στο ΜΕΡΟΣ Α΄- ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ (ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΙΔΩΝ) ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΚΕΥΗΣ ΜΕΤΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΟΣΤΙΚΗΣ ΠΥΚΝΟΤΗΤΑΣ του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης (Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης) προβλέπεται μεταξύ των λοιπών τεχνικών προδιαγραφών της συσκευής μέτρησης οστικής πυκνότητας και η εξής: «8. Να προσφερθεί, προς επιλογή, πρόγραμμα TBS (Trabecular Bone Score) για συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος». Περαιτέρω, στο άρθρο 5 του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης (Ειδικοί όροι) αναφέρεται ότι «5.6. Τυχόν αναφορά σε συγκεκριμένες ονομασίες προϊόντος νοείται (έστω και αν εκ παραδρομής δεν αναφέρεται) ότι αφορά σε όλα τα ισοδύναμα προϊόντα αυτού». Εξάλλου, στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάχθηκε και η υπ' αριθ. πρωτ 754/7-1-2022 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής με το εξής περιεχόμενο: «Σε συνέχεια ερωτήματος οικονομικού φορέα αναφορικά με την προδιαγραφή 8 της ανωτέρω διακήρυξης '8. Να προσφερθεί προς επιλογή, πρόγραμμα TBS (Trabecular Bone Score) για συνεκτίμηση του μελλοντικού κινδύνου κατάγματος' και συγκεκριμένα για το εάν η εν λόγω προδιαγραφή είναι επιθυμητή και δεν θα αποτελεί λόγο απόρριψης, όπως επίσης και το εάν θα είναι αποδεκτό και άλλο αντίστοιχο λογισμικό για την εκτίμηση του σπογγώδους ιστού (trabecular bone), σας διευκρινίζουμε ότι η συγκεκριμένη απαίτηση είναι υποχρεωτική, και η μη ικανοποίηση της, αποτελεί αιτία αποκλεισμού από τον εν λόγω διαγωνισμό. Σε απάντηση του ανωτέρω ερωτήματος σας διευκρινίζουμε τα ακόλουθα: 'Το συγκεκριμένο λογισμικό κατασκευάζεται από την εταιρεία ... αλλά χρησιμοποιείται σε 5 μοντέλα του κατασκευαστικού οίκου ..., της σειράς ..., και σε συνολικά 5 μοντέλα του κατασκευαστικού οίκου ... των σειρών... και ...». Συγκεκριμένα, η εν λόγω διευκρίνιση, η οποία εκδόθηκε σε απάντηση συναφούς ερωτήματος της προσφεύγουσας και αναρτήθηκε στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, αποτελεί εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής και,

δεδομένου ότι δεν αμφισβητήθηκε η νομιμότητά της, αυτή εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης και δεσμεύοντας τους ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 444/2022, ΕΑ ΣΤΕ 61/2020 5μ., 107/2018, 380/2012, 379/2012, 258/2012, 254/2012 κ.α.). Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης και της από 7/1/2022 διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι η προσφορά των υπό ανάθεση ειδών με το προαναφερθέν λογισμικό TBS τέθηκε στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία επί ποινή αποκλεισμού. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα υπέβαλε μεν το από 4/1/2022 αίτημα παροχής διευκρινίσεων επί της υποχρεωτικότητας ή μη της ανωτέρω τεχνικής προδιαγραφής, στο οποίο, μάλιστα, ανέφερε και την πρόθεση της ίδιας να συμμετάσχει στον διαγωνισμό προσφέροντας είδος με λογισμικό ..., αλλά ουδέποτε αμφισβήτησε με προδικαστική προσφυγή (και με τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα) τους οικείους όρους της Διακήρυξης και την από 7/1/2022 απάντηση - διευκρίνιση, με την οποία αποσαφηνίστηκε πλήρως ότι ο επίμαχος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Στη συνέχεια, στις 11/1/2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε ανεπιφύλακτα την προσφορά της στον διαγωνισμό προσφέροντας πράγματι προϊόν που δεν διαθέτει το επίμαχο λογισμικό TBS, πράγμα που προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού και συνομολογείται από την προσφεύγουσα. Με δεδομένη, όμως, και συνομολογηθείσα από την ίδια την προσφεύγουσα την εν λόγω απόκλιση από επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφορά της ήταν πράγματι αποκλειστέα και, ως εκ τούτου, τα όργανα της αναθέτουσας αρχής δεν έσφαλαν κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης. Περαιτέρω, αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, κατά τους όρους της Διακήρυξης μπορούσε παραδεκτως να προσφερθεί στον διαγωνισμό είδος με λογισμικό ισοδύναμο του TBS, διότι αυτή η ερμηνεία των διατάξεων της Διακήρυξης αποκλείστηκε πλήρως με την προαναφερθείσα διευκρίνιση, η οποία εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού αποσαφηνίζοντας πέραν πάσης αμφιβολίας το περιεχόμενο των εν λόγω όρων και την υποχρεωτικότητα της

εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής. Ενόψει των ανωτέρω, παρέλκει, επομένως, η επί της ουσίας εξέταση των περί ισοδύναμου του λογισμικού του προϊόντος της προσφεύγουσας ισχυρισμών και της αντίκρουσής τους από την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα. Δεδομένου δε ότι η προσφεύγουσα δεν προσέφυγε ούτε κατά της Διακήρυξης ούτε κατά της από 7/1/2022 διευκρίνισης, στο μέτρο που με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλονται ισχυρισμοί σχετικά με τη νομιμότητα της τεχνικής προδιαγραφής, τη σύνδεσή της με το αντικείμενο του διαγωνισμού και την προσφορότητά της, αυτοί είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Ειδικότερα, κατά το μέρος που με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή επιχειρείται η αμφισβήτηση της νομιμότητας του επίμαχου όρου του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, επ' ευκαιρία της προσβολής της πράξης αποκλεισμού της προσφεύγουσας που εκδόθηκε στο στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, δεδομένου ότι, όπως έχει παγίως κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ., 2137/2012, 1078/2014, 3669/2015, 2434/2017, 271, 1217/2018 κ.α.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των κανονιστικών όρων, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Για τους ανωτέρω λόγους, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή, και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 539/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μέλος της ΕΑΔΗΣΥ

Η Γραμματέας

Αθηνά Μπουζιούρη

Παναγιώτα Καλαντζή