

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 31 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλος, σε αναπλήρωση της Αθηνάς Μπουζιούρη.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 21.09.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1430/21.09.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., στη συμβολή της ... αρ. ... και ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») που εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με αριθμό 867/11.09.2023, με την οποία απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της για τα είδη με α/α 8 (8.1, 8.2, 8.3) και α/α 9 (9.1, 9.2, 9.3).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία των ειδών με α/α 8 και α/α 9, για τα οποία ασκείται η προσφυγή, συνολικού ύψους 37.667,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ... συνολικής εκτιμώμενης αξίας 174.853,14 ευρώ, μη

Αριθμός Απόφασης : 1696/2023

συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 31^η.05.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12.05.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 21.09.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 11.09.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με τις Πράξεις του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1729/2023 και 1982/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 27.09.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 18145/27.09.2023 για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 02.10.2023 Υπόμνημα επί των παραπάνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής και η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε στις 18.10.2023 συμπληρωματικές απόψεις επί του Υπομνήματος της προσφεύγουσας.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και 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 μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣτΕ 3629/20, 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.)

7. Με την πρώτη ομάδα ισχυρισμών η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς της για τα είδη της ομάδας με α/α 8 «ΥΛΙΚΑ ΓΙΑ ΔΙΑΤΡΟΧΑΝΤΗΡΙΟ ΙΣΧΙΟΥ» και περιγραφή είδους «ΗΛΩΣΗ γ-nail». Συγκεκριμένα, η παραπάνω υποκατηγορία με α/α 8 περιλαμβάνει τα εξής είδη: 1. είδος με Α/Α 8.1 «Σύστημα ενδομυελικής ήλωσης διατροχαντηρίου κατάγματος τύπου γ-nail από τιτάνιο: Ήλος ανατομικός μακρύς (έως 420 mm) σε διαυχενικές γωνίες 120, 125 και 130°. Ο διαυχενικός κοχλίας να φέρει οπωσδήποτε διακριτές σπείρες για ασφαλέστερη συγκράτηση. Να υπάρχει δυνατότητα διεγχειρητικής διακαταγματικής συμπίεσης και στροφικής ασφάλισης του διαυχενικού κοχλίου με ειδική βίδα, η οποία να τοποθετείται από το κεντρικό άνοιγμα του αυλού του ήλου. Να διατίθεται σε αποστειρωμένη ατομική συσκευασία. Να παρέχει δυνατότητα για στατική και δυναμική περιφερική ασφάλιση με εξωτερικό στόχαστρο χωρίς ακτινοβόληση του προσωπικού», 2. είδος με α/α «Οδηγός διαυχενικού ήλου με ελαία» και 3. είδος με α/α 8.3 «Βίδα περιφερικής ασφάλισης ενδομυελικού ήλου τιτανίου διαφόρων μηκών σε αποστειρωμένη ατομική συσκευασία». Η προσφορά της προσφεύγουσας για τα παραπάνω είδη απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι *«το σύστημα ενδομυελικής ήλωσης των διατροχαντήριων καταγμάτων το σύστημα που προτείνεται από την ίδια δεν είναι το ζητούμενο δεδομένου ότι ο διαυχενικός ήλος δεν είναι μονήρης και συνοδεύεται από δεύτερο ήλο»*.

8. Η προσφεύγουσα για την υποστήριξη του ισχυρισμού της επικαλείται το περιεχόμενο και τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς της και ισχυρίζεται για το είδος με α/α 8.1 ότι ο ήλος συνδυάζεται με έναν (1) και μόνο κοχλία

ασφάλισης, όπως προκύπτει από τα αποσπάσματα της τεχνικής προσφοράς της, τα οποία έχουν ως εξής: «A.1 TPF ΗΛΟΣ ΔΙΑΤΡΟΧ. Τί – Κοντός ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ: Ενδομυελικός ήλος για υποτροχαντήρια, περιτροχαντήρια, βασηοαυχενικά και συνδυασμένα κατάγματα εγγύς μηριαίου οστού από Τί, αυλοφόρος, διαμέτρου 10 έως 12mm, με τρεις γωνίες 120°, 125° και 130° μοιρών. Διατίθεται σε κοντό μήκος από 180mm έως 290mm (ανά 10mm). Ο ήλος συνδυάζεται με έναν (1) κοχλία ασφάλισης διαμέτρου 11mm και με μήκη 70 έως 125mm (ανά 5mm), τύπου διαυχενικού κοχλία. Διαθέσιμο με μηχανισμό που μπλοκάρει τις στροφικές κινήσεις της μηριαίας κεφαλής, set screw και πώμα τιτανίου. Περιφερικά παρέχει τη δυνατότητα ασφάλισης σε 2 θέσεις, στατικής και δυναμικής. Ο ήλος διαθέτει εξωτερικά ακτινοδιαπερατά σκόπευτρα, νέας τεχνολογίας, για ασφαλή και γρήγορη τοποθέτηση. Διαθέσιμος σε αποστειρωμένη συσκευασία.», «A.2 TPF ΗΛΟΣ ΔΙΑΤΡΟΧ. Τί - Μακρύς, ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ: Ενδομυελικός ήλος για υποτροχαντήρια, περιτροχαντήρια, βασηοαυχενικά και συνδυασμένα κατάγματα εγγύς μηριαίου οστού από Τί, αυλοφόρος, διαμέτρου 10 έως 12mm, με τρεις γωνίες 120°, 125° και 130° μοιρών. Διατίθεται σε μακρύ μήκος από 300mm έως 440mm (ανά 10mm). Ο ήλος συνδυάζεται με έναν (1) κοχλία ασφάλισης διαμέτρου 11mm και με μήκη 70 έως 125mm (ανά 5mm), τύπου διαυχενικού κοχλία. Διαθέσιμο με μηχανισμό που μπλοκάρει τις στροφικές κινήσεις της μηριαίας κεφαλής, set screw και πώμα τιτανίου. Περιφερικά παρέχει τη δυνατότητα ασφάλισης σε 2 θέσεις, στατικής και δυναμικής. Ο ήλος διαθέτει εξωτερικά ακτινοδιαπερατά σκόπευτρα, νέας τεχνολογίας, για ασφαλή και γρήγορη τοποθέτηση. Διαθέσιμος σε αποστειρωμένη συσκευασία». Από τα παραπάνω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τηρήθηκε η ζητούμενη από την Διακήρυξη προδιαγραφή της προσφοράς ενός και μόνο διαυχενικού κοχλία για το σύστημα της ενδομυελικής ήλωσης των διατροχαντήριων καταγμάτων ισχίου. Επίσης, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η χρήση των τεχνικών όρων «κοχλίας και ήλος» μπορεί να χρησιμοποιείται εναλλακτικά, έχοντας το ίδιο νόημα, και επεξηγεί αυτό για το λόγο ότι στο Πρακτικό 1 του Διαγωνισμού και στην αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της γίνεται χρήση από την Αναθέτουσα Αρχή του όρου «διαυχενικός ήλος» εννοώντας τον διαυχενικό κοχλία, όπως αυτός αναφέρεται στην περιγραφή της Διακήρυξης για το είδος με α/α 8.1: «Ο διαυχενικός κοχλίας να φέρει οπωσδήποτε διακριτές σπείρες

για ασφαλέστερη συγκράτηση. Να υπάρχει δυνατότητα διεγχειρητικής διακαταγματικής συμπίεσης και στροφικής ασφάλισης του διαυχενικού κοχλία με ειδική βίδα η οποία να τοποθετείται από το κεντρικό άνοιγμα του αυλού του ήλου».

9. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επικαλείται στοιχεία του καταλόγου προϊόντων της εταιρείας ... του έτους 2016 και αντιτάσσει στα παραπάνω ότι «με βάση τις υπάρχουσες οδηγίες κατασκευαστή, σύσταση για χρήση του συστήματος με έναν διαυχενικό ήλο είναι κατά την γνώμη μας αυθαίρετη και δεν περιλαμβάνεται στις οδηγίες και στην περιγραφόμενη τεχνική από την κατασκευάστρια εταιρεία» καθώς και ότι «τα υλικά αυτά χρησιμοποιούνται στο μεγαλύτερο μέρος των ασθενών που προσέρχονται για νοσηλεία, οι οποίοι σημειωτέον είναι υπερήλικες και βεβαρημένοι, απαιτείται σύστημα οστεοσύνθεσης απλό, σταθερό και ακριβές, έτσι ώστε ο χρόνος της επέμβασης να ελαχιστοποιείται και να περιορίζεται στο ελάχιστο, αποφεύγοντας επιπλοκές από παρατεταμένο χειρουργείο».

10. Στο ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΦΥΛΛΟ SYMMOPΦΩΣΗΣ_signed.pdf», το οποίο κατέθεσε η προσφεύγουσα στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς της γίνεται παραπομπή για τα είδη της ομάδας 8.1 στο τεχνικό φυλλάδιο «...» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ_....pdf»). Από το περιεχόμενο του παραπάνω τεχνικού φυλλαδίου, το οποίο όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της έχει καταρτισθεί το έτος 2023 και αναφέρει επικαιροποιημένα στοιχεία σε σχέση με το φυλλάδιο του έτους 2016, που επικαλέστηκε η αναθέτουσα αρχή, προκύπτει κατά τα προβαλλόμενα με το Υπόμνημα ότι το προσφερόμενο υλικό «...» δεν φέρει δεύτερο διαυχενικό ήλο. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το προσφερόμενο σετ των ενδομυελικών ήλων έχει επιπρόσθετες χρήσεις, οι οποίες παρέχουν επιπλέον δυνατότητες αλλά δεν επιβάλλουν την υποχρεωτική εφαρμογή αυτών για την ορθή και σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης χρήση του υλικού. Για την υποστήριξη του ισχυρισμού αυτού επικαλείται ιδίως τα αναφερόμενα στη σελίδα 15 του παραπάνω τεχνικού φυλλαδίου του προσφερόμενου είδους, στην οποία, όπως ισχυρίζεται, αναφέρεται ρητά η δυνατότητα κλειδώματος

του ήλου με κλασικό διαυχενικό κοχλία και ότι όλες οι υπόλοιπες δυνατότητες αποτελούν διεγχειρητικά για τον χειρουργό επιπρόσθετες επιλογές και μόνο.

11. Από την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών και των στοιχείων της προσφοράς της παρεμβαίνουσας επί του κρινόμενου λόγου προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Από τη διατύπωση της επίμαχης απαίτησης του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης και συγκεκριμένα από τη χρήση ενικού αριθμού για τη λέξη «ήλος ανατομικός μακρύς» προκύπτει ότι απαιτείται ένας ήλος για το προσφερόμενο είδος, πλην όμως, σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται απαίτηση για «μονήρη» ήλο, επομένως η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι καταρχήν πλημμελής. Σχετικά με την ύπαρξη και δεύτερου ήλου, από το τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου είδους, το οποίο πάντως δεν προκύπτει πως έχει καταρτισθεί το έτος 2023, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά, σε κάθε περίπτωση, συνιστά το αξιολογούμενο έγγραφο της προσφοράς της, δεν είναι σαφές ότι οι επιπρόσθετες χρήσεις του προσφερόμενου είδους δεν είναι υποχρεωτικά επιλέξιμες από τον χειρουργό, ούτε και ότι η μη επιλογή και ενεργοποίησή τους συνιστά ασφαλή χρήση του είδους. Και αυτό γιατί, όπως βάσιμα επισημαίνει και η αναθέτουσα αρχή στις συμπληρωματικές απόψεις της, δεν περιέχεται στο τεχνικό φυλλάδιο σχετική ρητή δέσμευση του κατασκευαστή. Δεδομένου όμως ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της συνομολογεί ότι ο προσφερόμενος ήλος διαθέτει δύο διαφορετικούς τρόπους ασφάλισης και σε κάθε περίπτωση δεν αρνείται ότι παρέχεται και η δυνατότητα ασφάλισης με έναν ήλο, η προσφορά της προσφεύγουσας θα πρέπει να διευκρινισθεί με τη διαδικασία που ορίζεται στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, μετά από σχετική κλήση της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα θα πρέπει να διευκρινίσει αν το προσφερόμενο είδος διαθέτει αυτοτελή δυνατότητα χρήσης σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης (ενός ήλου) και αν οι επιπλέον δυνατότητες που διαθέτει είναι πράγματι επιπρόσθετες και επικουρικές και δεν επηρεάζουν την αυτοτελή και ασφαλή επιλογή της απαιτούμενης ιδιότητας. Επομένως, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος και η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της αρμοδιότητάς της σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 κατά τα παραπάνω.

12. Με το δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της όμοιας αιτιολογίας απόρριψης των ειδών της ομάδας με α/α 9 «ΕΝΔΟΜΥΕΛΙΚΗ ΗΛΩΣΗ ΥΠΟΤΡΟΧΑΝΘΗΡΙΩΝ ΚΑΤΑΓΜΑΤΩΝ ΜΗΡΙΑΙΟΥ», η οποία περιλαμβάνει τα εξής επιμέρους είδη με α/α 9.1, 9.2 και 9.3. Για το είδος με α/α 9.1 προσφέρεται επίσης το ίδιο προϊόν «ΤΡΡ ΗΛΟΣ ΔΙΑΤΡΟΧ. Τί – Μακρύς» με όμοια περιγραφή και τεχνικά χαρακτηριστικά, όπως προκύπτει από την προσφορά της προσφεύγουσας. Επομένως, σε αντιστοιχία με τα όσα κρίθηκαν κατά την εξέταση του πρώτου λόγου προσφυγής, γίνεται καταρχήν δεκτός και ο δεύτερος λόγος προσφυγής και η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή για την κλήση της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, να διευκρινίσει αν το προσφερόμενο είδος διαθέτει αυτοτελή δυνατότητα χρήσης σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης (ενός ήλου) και αν οι επιπλέον δυνατότητες που διαθέτει είναι πράγματι επιπρόσθετες και επικουρικές και δεν επηρεάζουν την αυτοτελή και ασφαλή επιλογή της απαιτούμενης ιδιότητας.

13. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό.
- 3.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ