



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 26/2011

Μεταξύ:

VOUROS HEALTHCARE LTD

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

VOUROS HEALTHCARE LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ορέστη Σιαμπαρτά, Δικηγόρο
2. Ιωάννα Προκοπίου, Δικηγόρο
3. Ελένη Χριστοφή, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. Μαρία Βούρου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Μαρία Κλαμπανέβα, Συντονίστρια Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Γιάννη Παπαγιάννη, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης,
Διευθυντή Ορθοπαιδικής Κλινικής Νοσοκομείου Λευκωσίας

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 19 Σεπτεμβρίου, 2011

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή η εταιρεία VOUROS HEALTHCARE LTD (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του Τμήματος Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας να κατακυρώσει το διαγωνισμό με αριθμό Σ.Υ. 63/2010 που αφορά την *«Προμήθεια εμφυτευμάτων ολικής αρθροπλαστικής γόνατος σταθερής πλατφόρμας με και χωρίς τσιμέντο»* σε άλλο προσφοροδότη.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement του Γενικού Λογιστηρίου στις 7.2.2011 και δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας και στον εγχώριο τύπο στις 28.2.2011.
2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή.
3. Τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30.3.2011. Υποβλήθηκαν δύο προσφορές, ανάμεσα στις οποίες και η προσφορά των Αιτητών.
4. Η Επιτροπή Αξιολόγησης στις 8.4.2011 με την έκθεσή της έκρινε την προσφορά των Αιτητών ως εκτός προδιαγραφών και εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία A. Papaetis Medical Ltd.
5. Στις 20.4.2011 το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης.
6. Με επιστολή της ημερομηνίας 5.5.2011 η Αναθέτουσα Αρχή έστειλε προκαταρκτική ενημέρωση προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς αναφορικά με την πιο πάνω απόφαση της.
7. Στις 20.5.2011 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας διαδικασία αξίωσαν την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης προβάλλοντας τους ακόλουθους λόγους:

Αρχικά αναφέρθηκαν στην αξιολόγηση της προσφοράς τους, η οποία όπως υποστήριξαν είναι το αποτέλεσμα μη διεξαγωγής επαρκούς έρευνας, καθώς και πλάνης περί τα πράγματα. Ειδικότερα, ισχυρίστηκαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή παραγνώρισε τις διατάξεις του άρθρου 25(4),(5) και (8) του Νόμου 12(Ι)/2006 και παρέλειψε να αξιολογήσει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες της Αιτήτριας εταιρείας.

Ειδική αναφορά έκαναν οι Αιτητές στις εισηγήσεις που περιέλαβε η Επιτροπή Αξιολόγησης στην Έκθεση της σχετικά με την προσφορά που υπέβαλαν. Συγκεκριμένα, υποστήριξαν ότι η θέση της Επιτροπής, ότι δηλαδή δεν τεκμηριώνεται επαρκώς η εμπειρία και τεχνογνωσία του προσφοροδότη με γενική αναφορά σε διαγωνισμούς που κατακυρώθηκαν σε αυτόν είναι αναιτιολόγητη, αλλά και εσφαλμένη, αφού οι Αιτητές για σκοπούς ικανοποίησης των όρων του διαγωνισμού, επικαλέστηκαν δυνάμει του άρθρου 54(3) του Ν.12(Ι)/2006 την τεχνογνωσία και αξιοπιστία της εταιρείας Zimmer, της οποίας είναι αντιπρόσωποι.

Όσον αφορά στον ειδικό όρο 1 των εγγράφων του διαγωνισμού, ο οποίος ορίζει ότι συμπλήρωση του εντύπου Οικονομικής Προσφοράς με τη λέξη «ΝΑΙ» δεν είναι αρκετή χωρίς τις απαιτούμενες παραπομπές, οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι οι αποκλίσεις στην προσφορά τους είναι ασήμαντες και σε καμία περίπτωση επηρεάζουν το αντικείμενο της σύμβασης ή τα δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία ερμήνευσε πολύ αυστηρά τον όρο και παρέλειψε να ζητήσει διευκρινίσεις ως όφειλε.

Χαρακτηρίζοντας ανεδαφικό τον ισχυρισμό της Επιτροπής Αξιολόγησης ότι παρέλειψαν να αριθμήσουν τα prospectus που υπέβαλαν, οι Αιτητές ανέφεραν ότι πουθενά οι όροι του διαγωνισμού δεν απαιτούσαν κάτι τέτοιο. Επιπρόσθετα, υποστήριξαν ότι σε κανένα σημείο της προσφοράς τους δεν υποδεικνύεται

διαφορετικό προϊόν από το προσφερόμενο, γεγονός που θα διαπίστωνε η Αναθέτουσα Αρχή αν προέβαινε σε δέουσα έρευνα.

Στην παράγραφο 8 της Έκθεσης της η Επιτροπή Αξιολόγησης κατέληξε στο ακόλουθο συμπέρασμα: «Στα υποειδή 1.β.3 και 1.δ.3 ζητείται *posterior slop* = 4° αλλά τα προσφερόμενα εμφυτεύματα έχουν *posterior slop* = 0°.» Σύμφωνα με τους Αιτητές η εν λόγω θέση είναι πεπλανημένη γιατί το συνολικό *posterior slop* του προσφερόμενου εμφυτεύματος είναι = 7° και συνεπώς πρόσφεραν ένα ισοδύναμο ή και καλύτερο ανατομικό μοντέλο εμφυτεύματος.

Στη συνέχεια οι Αιτητές υποστήριξαν ότι πεπλανημένα η Επιτροπή Αξιολόγησης αναφέρθηκε σε κλινικές μελέτες «το λιγότερο 10 χρόνων» καθότι μεσολάβησε το διορθωτικό έγγραφο στο οποίο γίνεται αναφορά σε «κλινικές μελέτες 5 χρόνων». Επιπλέον, θεωρούν ότι ο όρος αυτός έτυχε εσφαλμένης ερμηνείας από την Επιτροπή Αξιολόγησης αφού τα 5 χρόνια δεν αφορούν στην ημερομηνία δημοσίευσης αλλά στη διάρκεια των μελετών.

Αναφορικά με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ότι στο Έντυπο 7 της προσφοράς που υπέβαλαν οι Αιτητές «δεν δίνεται συνολική τιμή για κάθε επέμβαση όπως ζητείται αλλά τιμή για κάθε αναλώσιμο του κάθε υποείδους», οι τελευταίοι ισχυρίστηκαν ότι η ασάφεια του εντύπου που η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή ετοίμασε δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο απόρριψης της προσφοράς τους, εφόσον η συνολική τιμή των επιμέρους υποειδών εξάγεται σαφώς όταν προστεθούν οι τιμές των αναλώσιμων προϊόντων.

Περαιτέρω, οι Αιτητές προέβαλαν τη θέση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει καθότι ήταν αποτέλεσμα κακής άσκησης της διακριτικής εξουσίας της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία παραγνώρισε τις πρόνοιες που αφορούσαν στο χειρισμό ασήμαντων αποκλίσεων από τους όρους του διαγωνισμού και παρέλειψε να ζητήσει περαιτέρω διευκρινίσεις, δυνάμει του άρθρου 57 του Ν.12(Ι)/2006, από τους Αιτητές.

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν επίσης ότι η απόφαση για κατακύρωση στην επιτυχούσα δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη και ήταν αποτέλεσμα μη διεξαγωγής επαρκούς έρευνας, καθώς και άνισης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Ειδικότερα,

αναφέρθηκαν μεταξύ άλλων, στο γεγονός ότι η επιτυχούσα παρέλειψε να υποβάλει, κατά παράβαση των όρων του εντύπου 5 των εγγράφων του διαγωνισμού, πιστοποιητικό καταλληλότητας ISO13485 των προσφερόμενων προϊόντων, πιστοποιητικό κατασκευής των προσφερόμενων προϊόντων και πιστοποιητικό ποιότητας “CE” για όλα τα προσφερόμενα προϊόντα. Σύμφωνα με τους Αιτητές, οι αποκλίσεις που διαπιστώνονται στην προσφορά που υπέβαλε η επιτυχούσα, θα έπρεπε να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της από τον παρόντα διαγωνισμό.

Συνοψίζοντας, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι συγκρινόμενες οι παραλείψεις που παρουσιάζει η προσφορά που υπέβαλαν είναι πιο ασήμαντες από αυτές που εντόπισαν στην προσφορά της επιτυχούσας και με δεδομένο ότι κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη τιμή, η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα αποφάσισε την κατακύρωση στην επιτυχούσα.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε τους ισχυρισμούς των Αιτητών προβάλλοντας τις ακόλουθες θέσεις:

Αρχικά τονίστηκε ότι κριτήριο ανάθεσης ήταν σύμφωνα με τον όρο 2.6 των εγγράφων του διαγωνισμού *«αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή νοουμένου ότι πληροί τους όρους και τις προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού»*.

Αναφερόμενη στην υποχρέωση τεκμηρίωσης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των Αιτητών, η Αναθέτουσα Αρχή επεσήμανε ότι στο έντυπο 12 που υπέβαλαν οι Αιτητές στα πλαίσια της προσφοράς τους, γίνεται μεν αναφορά σε διαγωνισμούς οι οποίοι τους κατακυρώθηκαν, όμως αυτοί δεν ήταν συναφείς με τον υπό κρίση διαγωνισμό και ως εκ τούτου δεν ικανοποίησαν τον όρο 6.2.3 του Μέρους Α. Οι οικονομικοί φορείς στους οποίους σύμφωνα με τον ισχυρισμό των Αιτητών, στηρίζονται οι τελευταίοι δεν προέβησαν σε δήλωση ότι θα θέσουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεση του προσφέροντα και συνεπώς θα πρέπει να κριθεί αβάσιμο το επιχείρημα ότι η κατασκευάστρια εταιρεία πληροί τον συγκεκριμένο όρο.

Όσον αφορά στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι οι όροι που απαιτούν ακριβή παραπομπή στη βιβλιογραφία είναι αντίθετοι με την κείμενη νομοθεσία, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, οι Αιτητές δεν έχουν το απαιτούμενο έννομο συμφέρον για να προβάλλουν τέτοιο ισχυρισμό, εφόσον επιλέγοντας να συμμετάσχουν στον παρόντα διαγωνισμό αποδέχτηκαν ρητά τους όρους του. Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι οι Αιτητές παραδέχονται τις αποκλίσεις που παρουσιάζει η προσφορά τους, τις χαρακτηρίζουν όμως επουσιώδεις, χωρίς να τεκμηριώνουν τον χαρακτηρισμό αυτό και κυρίως χωρίς να εξηγούν γιατί οι συγκεκριμένοι όροι που παραβιάστηκαν δεν είναι ουσιώδεις. Αντίθετα, η Αναθέτουσα Αρχή τόνισε ότι οι αποκλίσεις που παρουσιάζει η προσφορά των Αιτητών δεν είναι ασήμαντες, αφού δεν τεκμηριώνουν τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές.

Περαιτέρω, απαντώντας στις θέσεις των Αιτητών αναφορικά με την παράλειψη αρίθμησης των καταλόγων της κατασκευάστριας εταιρείας, η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι στην υποσημείωση 5 του Εντύπου 5 προνοείται ότι η παραπομπή θα είναι σαφής παραπομπή σε παράρτημα της τεχνικής προσφοράς που θα περιλαμβάνει αριθμημένα τεχνικά φυλλάδια. Μάλιστα, επεσήμανε ότι παρά τα όσα ανέφεραν οι Αιτητές, οι κατάλογοι που υπέβαλαν στα πλαίσια της προσφοράς τους δεν ήταν 8 αλλά 10 και ανάμεσα σε αυτούς βρισκόνταν 2 με τον τίτλο Legacy knee LPS – Flex και 2 κατάλογοι με τον τίτλο Nexgen Implant Option. Ως εκ τούτου, είναι σαφές σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, με δεδομένο τον αριθμό των υποειδών που αφορούσε ο συγκεκριμένος διαγωνισμός, ότι η μη αρίθμηση προκάλεσε σύγχυση ως προς τη συμμόρφωση της με τις τεχνικές προδιαγραφές.

Πέραν των εσφαλμένων παραπομπών που διαπιστώθηκαν στην προσφορά των Αιτητών, η Αναθέτουσα Αρχή προέβαλε τη θέση ότι η εν λόγω προσφορά δεν πληρούσε συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές. Ειδικότερα, διευκρίνισε ότι δεν ζητούνται με τα έγγραφα του διαγωνισμού εμφυτεύματα που να δίνουν περισσότερη κάμψη στην άρθρωση, όπως αυτά που προσφέρθηκαν από τους Αιτητές, αλλά εμφυτεύματα σταθερής πλατφόρμας με ορισμένη κάμψη γιατί κυρίως χρησιμοποιούνται σε υπέρβαρους ασθενείς μεγάλης ηλικίας. Επίσης, ανέφερε ότι ορθά η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπίστωσε ότι δεν υποβλήθηκαν βεβαιώσεις για τη συμβατότητα όλων των προσφερόμενων προσθέσεων και μετάλλων μεταξύ τους,

υποδεικνύοντας ότι η συνύπαρξη διαφορετικών μετάλλων σε άρθρωση προκαλεί οστεόλυση, δηλαδή σταδιακή φθορά των οστών.

Προχωρώντας στο θέμα των κλινικών μελετών, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι το ζητούμενο ήταν η υποβολή κλινικών μελετών το λιγότερο 5 χρόνων, για τα προσφερόμενα προϊόντα, δημοσιευμένες από ανεξάρτητους οργανισμούς. Οι Αιτητές υπέβαλαν 4 κλινικές μελέτες, από τις οποίες οι 3 ήταν για το μοντέλο NexGen LPS Legacy και όχι για τα προσφερόμενα προϊόντα NexGen LPS – Flex Legacy. Η μία κλινική μελέτη που αφορούσε στα προσφερόμενα προϊόντα δημοσιεύτηκε το 2008.

Σε σχέση με το έντυπο 5 που υπέβαλαν οι Αιτητές, η Αναθέτουσα Αρχή εξήγησε ότι ζητήθηκε τιμή ανά επέμβαση επειδή η σύμβαση θα έχει τη μορφή τρέχοντος συμβολαίου. Ο σκοπός που αυτό εξυπηρετεί είναι η αποφυγή ολοκληρωμένης σειράς εμφυτευμάτων έτσι ώστε να επιτευχθεί χαμηλότερη τιμή και να μην παραμένουν ποσότητες μη χρησιμοποιημένων εμφυτευμάτων λόγω μη ύπαρξης ορισμένων μεγεθών. Διευκρινίστηκε επίσης ότι οι μοναδικές ποσότητες που αναγράφονταν στο προσφερόμενο έντυπο ήταν ο αριθμός των επεμβάσεων ενώ οι ποσότητες στο αναλυτικό έντυπο οικονομικής προσφοράς ήταν ενδεικτικές. Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, οι Αιτητές διαχωρίζοντας σε ζητούμενες ποσότητες τα διάφορα μεγέθη εμφυτευμάτων, παραποίησαν τα έγγραφα του διαγωνισμού και σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε αυτούς, οι ποσότητες αυτές θα αποτελούσαν ουσιώδη όρο της σύμβασης με αποτέλεσμα να περιορίζεται η εκτέλεση των επεμβάσεων.

Τέλος, αναφερόμενη στην προσφορά της επιτυχούσας εταιρείας, η Αναθέτουσα Αρχή τόνισε ότι οι Αιτητές στερούνται εννόμου συμφέροντος να προβάλουν λόγους ακύρωσης πέραν όσων άπτονται των λόγων αποκλεισμού τους, εφόσον η προσφορά τους κρίθηκε εκτός προδιαγραφών. Ωστόσο, απάντησε στους ισχυρισμούς των Αιτητών ένα προς ένα, αναφέροντας μεταξύ άλλων ότι η επιτυχούσα συμπεριέλαβε και τα τρία πιστοποιητικά στα οποία είχαν αναφερθεί οι Αιτητές, υποβλήθηκαν τα απαιτούμενα πιστοποιητικά από την κατασκευάστρια εταιρεία, και όλοι οι κατάλογοι που υπέβαλε η επιτυχούσα στην προσφορά της ήταν πρωτότυποι.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Κατ' αρχάς θα πρέπει να επισημάνουμε ότι με βάση την πάγια νομολογιακή αρχή, οι Αιτητές δύνανται να προσβάλουν την απόφαση κατακύρωσης στην επιτυχούσα μόνο εφόσον επιτύχουν να τεκμηριώσουν τον ισχυρισμό τους ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να θέσει την προσφορά τους εκτός προδιαγραφών ήταν εσφαλμένη. Σε αντίθετη περίπτωση, όπως ορθά ανέφερε και η Αναθέτουσα Αρχή στην ενώπιον μας διαδικασία, στερούνται εννόμου συμφέροντος να προβάλλουν λόγους ακύρωσης που άπτονται της νομιμότητας της απόφασης για κατακύρωση του παρόντος διαγωνισμού στην επιτυχούσα εταιρεία εκτός εάν υπάρχει θέμα ίσης μεταχείρισης επί των ιδίων λόγων ακύρωσης της προσφοράς ή πλάνη. Αυτό λοιπόν που καλούμαστε να εξετάσουμε εν πρώτοις, είναι η νομιμότητα της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών λόγω μη συμμόρφωσης της με ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού.

Ανατρέχοντας στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 8.4.2011 διαπιστώνουμε ότι η εισήγηση της προς το Συμβούλιο Προσφορών ήταν η κατακύρωση στην εταιρεία A. Paraetis Medical Ltd, καθότι η προσφορά των Αιτητών αν και με χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή, κρίθηκε εκτός προδιαγραφών. Στην εν λόγω έκθεση παρατίθενται εκτενώς οι λόγοι αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών, με κυριότερους τους ακόλουθους:

- (1) Δεν τεκμηριώνεται η απαιτούμενη από τον όρο 6.2.2.1 του διαγωνισμού εμπειρία και τεχνογνωσία στην υλοποίηση συμβάσεων συναφών με την προκηρυσσόμενη.
- (2) Στα υποείδη 1.β.3 και 1.δ.3 ζητείται posterior slop=4° αλλά τα προσφερόμενα εμφυτεύματα έχουν posterior slop=0°
- (3) Ενώ στον ειδικό όρο 9 ζητήθηκαν κλινικές μελέτες δημοσιευμένες από ανεξάρτητους οργανισμούς, το λιγότερο δέκα χρόνων για τα προσφερόμενα προϊόντα, οι Αιτητές υπέβαλαν 4 κλινικές μελέτες από τις οποίες οι 3 είναι για άλλο είδος εμφυτευμάτων ολικής αρθροπλαστικής γόνατος και όχι για τα προσφερόμενα.

Αυτό που παρατηρούμε σε σχέση με τους πιο πάνω λόγους είναι ότι οι Αιτητές ουσιαστικά δεν αρνήθηκαν την παράλειψη συμμόρφωσης τους. Αναφορικά με τον πρώτο λόγο ο ισχυρισμός τους ήταν ότι την απαιτούμενη τεχνογνωσία και εμπειρία διαθέτει η κατασκευάστρια εταιρεία Zimmer, της οποίας είναι αντιπρόσωποι και ως εκ τούτου δυνάμει του άρθρου 54(3) του Ν.12(Ι)/2006 συμμορφώθηκαν με τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Το άρθρο 54(3), το οποίο περιλαμβάνεται αυτούσιο στον όρο 6.2.3(3) των εγγράφων του διαγωνισμού διαλαμβάνει ότι *«ένας οικονομικός φορέας δύναται, γενικά ή για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους.»* Επομένως, στην απουσία ρητής δήλωσης από την εν λόγω εταιρεία, δεν είναι δυνατόν να γίνει δεκτή η θέση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να θεωρήσει ότι οι Αιτητές διαθέτουν τις απαιτούμενες τεχνικές ικανότητες, με βάση τους κανόνες αντιπροσωπείας και επειδή είχε ενώπιον της τα δείγματα της κατασκευάστριας εταιρείας και τους τεχνικούς φακέλους.

Όσον αφορά δε στον δεύτερο από τους προαναφερθέντες λόγους αποκλεισμού τους, οι Αιτητές και πάλι δεν αμφισβήτησαν τη μη συμμόρφωση τους αλλά προέβαλαν τη θέση ότι προσέφεραν ένα *«ισοδύναμο και/ή καλύτερο ανατομικό μοντέλο εμφυτεύματος.»* Είναι καλά καθιερωμένη η νομολογιακή αρχή ότι η κρίση της διοίκησης σε θέματα τεχνικής φύσης είναι ανέλεγκτη. Επομένως, δεν είναι δυνατόν να υποκαταστήσουμε την Επιτροπή Αξιολόγησης για να προβούμε σε εύρημα ότι πράγματι το ανατομικό μοντέλο εμφυτεύματος που πρόσφεραν οι Αιτητές είναι καλύτερο. Εν πάση περιπτώσει σημειώνουμε ότι ακόμη και αν γινόταν αποδεκτό ότι επρόκειτο περί καλύτερου μοντέλου εμφυτεύματος και πάλι δεν θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε ότι το γεγονός αυτό συνιστά συμμόρφωση με τους όρους του διαγωνισμού, αφού η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε το συγκεκριμένο εμφύτευμα και η ίδια γνωρίζει καλύτερα από όλους τις ανάγκες της.

Τέλος, σε σχέση με τη δημοσίευση των κλινικών μελετών οι Αιτητές ορθά υπέδειξαν ότι ο ειδικός όρος 9 μετά από το διορθωτικό έγγραφο ημερομηνίας 17.3.2011 αναφέρεται σε 5 και όχι σε 10 χρόνια. Αμφισβητώντας την ερμηνεία που απέδωσε η Αναθέτουσα Αρχή στον όρο αυτό, υποστήριξαν ότι θα έπρεπε να υποβληθούν

μελέτες διάρκειας τουλάχιστον 5 ετών. Για σκοπούς καλύτερης εξέτασης του εν λόγω ισχυρισμού κρίνουμε σκόπιμο να παραθέσουμε αυτούσιο τον ειδικό όρο 9 του Εντύπου 5:

«Να υποβληθούν κλινικές μελέτες (clinical studies) το λιγότερο δεκαπέντε χρόνων, για τα προσφερόμενα προϊόντα, δημοσιευμένες από ανεξάρτητους οργανισμούς.»

Με το διορθωτικό έγγραφο αρ. 2 ημερομηνίας 17.3.2011 η Αναθέτουσα Αρχή κατόπιν αιτήματος ενός από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς αντικατέστησε τη λέξη δεκαπέντε με τη λέξη πέντε. Ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είχε αναφέρει ότι *«τα γόνατα που είναι «curve on curve» είναι νέας τεχνολογίας και δεν είναι δυνατόν να έχουν κλινικές μελέτες για 15 χρόνια.»*

Από το λεκτικό του όρου αλλά και του πιο πάνω διορθωτικού εγγράφου, το οποίο απεστάλη σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, προκύπτει ότι η ερμηνεία που απέδωσε η Αναθέτουσα Αρχή φαίνεται να είναι η πιο λογική. Εν πάση περιπτώσει ο κυριότερος λόγος που η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι οι Αιτητές δεν συμμορφώθηκαν με τον όρο αυτό είναι ότι οι τρεις από τις τέσσερις μελέτες που υπέβαλαν δεν αφορούσαν στα προσφερόμενα εμφυτεύματα αλλά διαφορετικού μοντέλου. Παρά την περί του αντιθέτου εισήγηση των Αιτητών, ότι δηλαδή πρόκειται για το ίδιο μοντέλο, η διαφορά στο όνομα αλλά και ο ακλόνητος ισχυρισμός ότι σε κάποια από τα τεχνικά φυλλάδια γίνεται σύγκριση ανάμεσα στα δύο μοντέλα, μας οδηγεί στη διαπίστωση ότι τουλάχιστον παρουσιάζουν κάποιες διαφορές, τις οποίες δεν μπορούμε εμείς να καθορίσουμε ουσιώδεις ή επουσιώδεις λόγω της τεχνικής φύσης του ζητήματος.

Οι όροι που αφορούν την τεκμηρίωση της εμπειρίας και της τεχνογνωσίας ενός προσφοροδότη, καθώς και των τεχνικών χαρακτηριστικών των προσφερόμενων προϊόντων έχουν κριθεί επανειλημμένα ουσιώδεις. Ως εκ τούτου και με δεδομένο ότι δεν χωρεί επουσιώδης απόκλιση σε ουσιώδη όρο κρίνουμε ότι ορθά η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε εκτός προδιαγραφών την προσφορά των Αιτητών. Κατά συνέπεια, δεν θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε τους υπόλοιπους λόγους αποκλεισμού των Αιτητών και τους λόγους ακύρωσης που σχετίζονται με την κατακύρωση του

διαγωνισμού στην επιτυχούσα, αφού δεν έχουμε διαπιστώσει οποιαδήποτε πλάνη ή άνιση μεταχείριση των προσφοροδοτών.

Ενόψει όλων των πιο πάνω κρίνουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.