



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

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 57/2009

Μεταξύ:

A. PAPAETIS MEDICAL CO LTD

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ & ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Νίκος Πιττοκοπίτης, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

A. PAPAETIS MEDICAL CO LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Στέλλα Μαξιούτη, Δικηγόρο
3. Γιώργο Παπαέτη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. Παύλο Παύλου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
5. Μαρία Παπαγεωργίου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
6. Αναστάσιο Πολιτόπουλο, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ & ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Λούη Λοΐζου, Διευθυντή Ορθοπαιδικής Κλινικής Γενικού Νοσοκομείου Λευκωσίας
3. Γιάννη Παπαγιάννη, Διευθυντή Ορθοπαιδικής Κλινικής Νοσοκομείου Λάρνακας
4. Κατερίνα Λαμπράκη, Ανώτερη Νοσηλευτικός Λειτουργός

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 2 Νοεμβρίου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η Αιτήτρια (Α. ΡΑΡΑΕΤΙΣ MEDICAL CO. LTD) προσβάλλει την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (στο εξής Α.Α.) ήτοι του Τμήματος Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. Σ.Υ. 55/08 για την «*προμήθεια εμφυτευμάτων ολικής αρθροπλαστικής γόνατος κινητής πλατφόρμας*», είδος 2 (γόνατο κινητής πλατφόρμας με προσθοπίσθια ολίσθηση), σε άλλο προσφοροδότη.

B. Γεγονότα

1. Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας, στις 6.2.2009, με ανοιχτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή δεδομένης της τήρησης των προδιαγραφών αναφορικά για κάθε ένα από τα είδη (Είδος 1 και Είδος 2).
2. Η Αιτήτρια υπέβαλε προσφορά μόνο για το είδος 2 ενώ η Επιτυχούσα υπέβαλε προσφορά και για τα δύο είδη.
3. Στις 24.4.2009 η Επιτροπή Αξιολόγησης (Ε.Α.) που συστάθηκε για τον πιο πάνω διαγωνισμό υπέβαλε έκθεση αξιολόγησης με εισήγηση να κατακυρωθεί η προσφορά στην επιτυχούσα αναφορικά και με τα δύο υπό προσφορά είδη.
4. Στις 28.5.2009 το Συμβούλιο Προσφορών (Σ.Π.) αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς, ως η εισήγηση της Ε.Α. στην επιτυχούσα, παρά την αντίθετη άποψη που εξέφρασε ο εκπρόσωπος της Γενικής Ελέγκτριας, ότι η προσφορά της επιτυχούσας ήτο εκτός προδιαγραφών.
5. Στις 3.6.2009 η Αναθέτουσα Αρχή (Α.Α.) γνωστοποίησε στην Αιτήτρια την απόφασή της να κατακυρώσει την προσφορά για το είδος 2, σε άλλο προσφοροδότη γιατί «*η προσφορά σας... παρουσιάζει ψηλότερη προσφερθείσα τιμή*». Ακολούθησε η έγερση της παρούσας Ιεραρχικής Προσφυγής κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης.

Γ. Οι θέσεις της Αιτήτριας

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία και δια μέσου των γραπτών της αγορεύσεων οι εκπρόσωποι της Αιτήτριας προέβαλαν τους εξής λόγους ακυρότητας εναντίον της προσβαλλόμενης απόφασης:

1) **Η προσφορά της επιτυχούσας είναι εκτός προδιαγραφών.**

Σύμφωνα με την Αιτήτρια η επιτυχούσα παραβίασε τον όρο 14 των εγγράφων του διαγωνισμού που προνοεί ότι:

«Πιστοποιητικό ποιότητας CE πρέπει να υποβληθεί με την προσφορά για όλα τα προϊόντα που προσφέρονται. Επίσης, να υποβληθούν στοιχεία σχετικά με τα ποσοστά χρησιμοποίησης των προτεινόμενων ειδών, σε μεγάλα νοσοκομεία χωρών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή/και των ΗΠΑ. Προσφορές που υποβάλλονται χωρίς να περιλαμβάνονται τα πιο πάνω στοιχεία, δεν θα ληφθούν υπόψη.»

Συγκεκριμένα κατά πρώτον σύμφωνα με τον ως άνω ισχυρισμό η επιτυχούσα υπέβαλε το πιστοποιητικό ποιότητας CE για τα προϊόντα της κατηγορίας ορθοπεδικά εμφυτεύματα και όχι για κάθε ένα από τα προσφερόμενα προϊόντα σε αντίθεση με την Αιτήτρια που υπέβαλε το σχετικό πιστοποιητικό για το προϊόν που προσέφερε. Κατά δεύτερον δεν υπέβαλε για το είδος 2 στοιχεία σχετικά με τα ποσοστά χρησιμοποίησης σε μεγάλα νοσοκομεία της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή/και των ΗΠΑ υποβάλλοντας απλά δύο επιστολές που υποβλήθηκαν η μεν πρώτη από την ίδια την επιτυχούσα αναφορικά με ποσοστά χρησιμοποίησης στην Κυπριακή Δημοκρατία και η δε δεύτερη της εταιρείας Johnson & Johnson που δεν αναφέρεται σε ποσοστά χρήσης αλλά σε περιστατικά χωρίς να διακρίνει κατά πόσον αφορά το είδος 1 ή 2. Αντίθετα η Αιτήτρια ήτο πλήρως συμμορφούμενη με την ως άνω πρόνοια σε αντίθεση με την αναφορά στα πρακτικά του Σ.Π. (τμήμα 4 του φακέλου προσφοράς, βεβαίωση ημερ. 10.03.2009 με τίτλο Subject «Stryker knee "Scorpio" and Mobile Bearing Usage in European Hospitals»).

Ως εκ τούτου είναι η εισήγηση της Αιτήτριας ότι η προσφορά της επιτυχούσας θα έπρεπε να απορριφθεί, θέση που υιοθέτησε και ο εκπρόσωπος της Γενικής Ελέγκτριας ο οποίος σημείωσε στη σχετική συνεδρίαση ότι η επιτυχούσα υπέβαλε μόνο αριθμούς για το σύνολο των ειδών και όχι για το κάθε είδος ξεχωριστά σύμφωνα με τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού. Παραπέμποντας μας επιπλέον σε σχετική νομολογία και αποφάσεις της Αρχής μας, υποστήριξε πως οι παραπάνω παραλείψεις αφορούν ουσιώδη επιτακτικό όρο του Διαγωνισμού και συνεπώς η απόρριψη ήταν επιβεβλημένη.

2. Περαιτέρω η Αιτήτρια σημείωσε τις πιο κάτω αποκλίσεις αναφορικά με την προσφορά της επιτυχούσας.

- α) Η Αιτήτρια ισχυρίζεται ότι λανθασμένα η επιτυχούσα βεβαίωσε ότι είναι ο μοναδικός προμηθευτής γόνατος κινητής πλατφόρμας προς τις Ιατρικές Υπηρεσίες τα τελευταία τρία χρόνια, αφού χρησιμοποιήθηκαν γόνατα και άλλων εταιρειών κινητής πλατφόρμας σε προηγούμενους διαγωνισμούς. Στην προσφορά της η επιτυχούσα αναφέρει ότι έχουν γίνει 350 επεμβάσεις αλλά προβάλλει η Αιτήτρια ότι ουδέποτε έχει προσφέρει στη δημόσια υπηρεσία γόνατα κινητής πλατφόρμας LCS complete APG το οποίο είναι το επίδικο, είδος 2.
- (β) Επιπλέον, παραβίασε τον **όρο 17** των εγγράφων αφού δεν αναφέρει για το είδος 2 τη χώρα κατασκευής, το μοντέλο εμφυτεύματος και χρονολογία αρχικής διάθεσης στην αγορά.
- (γ) Αναφορικά με τον **όρο 11** περί τεκμηρίωσης της συμβατότητας των μετάλλων, ενώ η Αιτήτρια υπέβαλε τη σχετική επιστολή/βεβαίωση από την κατασκευάστρια εταιρία, η επιτυχούσα δεν προσέφερε ουδεμία τεκμηρίωση. Όμως, σύμφωνα με τον όρο 21, θα έπρεπε όχι απλά να δηλώνει συμμόρφωση με τους όρους, αλλά να παραπέμπει σε σχετικά αποδεικτικά στοιχεία.
- (δ) Συνεχίζοντας η Αιτήτρια υποστήριξε ότι η επιτυχούσα δεν συμμορφώθηκε ούτε με τον όρο 2 των τεχνικών προδιαγραφών αφού δεν δήλωσε το είδος των εργαλείων που θα απαιτηθούν για κάθε επέμβαση, αλλά απλά βεβαιώνει ότι είναι

υποχρέωση της να παραχωρήσει 4 δέσμες εργαλείων. Όμως δεν αναφέρει τα είδη τους, ούτε παραπέμπει στη Δήλωση Συμμόρφωσης ή άλλο σημείο της προσφοράς.

- (ε) Στη σελ. δε 17 της προσφοράς της επιτυχούσας (στο σημείο των patella codes) υπάρχουν διορθώσεις με στυλό και διορθωτικά, χωρίς να υπάρχει οποιαδήποτε μονογραφή ή/και υπογραφή.
- (στ) Όσον αφορά στο είδος 2, η επιτυχούσα στη Δήλωση Συμμόρφωσης παραπέμπει στη σελ. 4.1 όπου οι αναφορές και τεκμηριώσεις αφορούν το insert RP, δηλ. το είδος 1, ενώ για το είδος 2 δεν υπάρχει συμμόρφωση για παραπομπή στη Δήλωση Συμμόρφωσης σε συγκεκριμένα στοιχεία.

3. Περαιτέρω υπέβαλαν ότι η προσφορά της επιτυχούσας υποβλήθηκε ενιαία και για τα δύο είδη αφού πέραν του εντύπου της οικονομικής προσφοράς δεν γίνεται καμία αναφορά ή διαχωρισμός στα δύο είδη. Ενώ υποστηρίζουν ότι η Α.Α. παραπλανήθηκε αναγράφοντας στην επιστολή της προς την Α.Α.Π. ημερ. 09.07.2009, περί χρησιμοποίησης του επίμαχου συστήματος τα τελευταία δέκα χρόνια στα κρατικά νοσηλευτήρια, πράγμα που δεν ευσταθεί.

4. Η Αιτήτρια τέλος ισχυρίζεται ότι το πρακτικό του Σ.Π. ημερ. 28.5.2009 δεν περιέχει καμία αιτιολογία κατά παράβαση του άρθρου 26(1) του Ν. 158(Ι)/1999. Αναφέρει μεν ότι *«έλαβε υπόψη τις παρατηρήσεις του εκπροσώπου της Γενικής Ελέγκτριας»* αλλά δεν αιτιολογείται πώς εκτιμήθηκε η αναφορά του για τη μη συμμόρφωση με τον όρο 14.

Πρόσθετα η απόφαση είναι προϊόν πλάνης περί τα πράγματα, αφού η Α.Α. λανθασμένα θεώρησε ότι η προσφορά της Αιτήτριας δεν υπέβαλε κατάλογο χρήσης των ειδών, αφού τον υπέβαλε με την προσφορά της (τμήμα 4 φακέλου, βεβαίωση ημερ.10.3.2009 με τίτλο Subject «Stryker knee “Scorpio” & Mobile Bearing System Usage in European Hospitals»).

Δ. Οι θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής

Απορρίπτοντας όλους τους ισχυρισμούς της Αιτήτριας οι εκπρόσωποι της Α.Α. υποστήριξαν ενώπιον μας τα πιο κάτω.

1. Κατά την Α.Α. η επιτυχούσα πληροί τον όρο 14 τόσο ως προς την υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού CE όσο και αναφορικά με την απαιτούμενη υποβολή στοιχείων σχετικά με τα ποσοστά χρησιμοποίησης των προτεινόμενων ειδών σε μεγάλα νοσοκομεία της Ε.Ε. και των ΗΠΑ. Αναφορικά με το πρώτο σκέλος της υποχρέωσης του όρου η εκπρόσωπος της Α.Α. υποστήριξε ότι ο ως άνω όρος ομιλεί για υποβολή του σχετικού πιστοποιητικού για όλα τα προσφερόμενα προϊόντα και όχι για κάθε ένα από τα προσφερόμενα. Επειδή δε όλα τα προϊόντα εντάσσονται στην κατηγορία ορθοπεδικά εμφυτεύματα, ορθά η Α.Α. αποδέχθηκε το πιστοποιητικό που προσκόμισε η επιτυχούσα.

Αφετέρου, αναφορικά με την υποβολή στοιχείων για ποσοστά χρησιμοποίησης του Είδους 2 σε μεγάλα νοσοκομεία χωρών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή/και των ΗΠΑ, η Α.Α. υποστηρίζει ότι η επιτυχούσα παρόλο που δεν υπέβαλε ποσοστά είχε παρουσιάσει απόλυτους αριθμούς για διάφορα μεγάλα κέντρα της Ευρώπης, γεγονός που κρίθηκε ότι εξυπηρετούσε περισσότερο την αξιολόγηση των προσφορών με αναφορά σε στοιχεία που αποδείκνυαν την χρήση των προϊόντων, σε σχέση με την απλή παρουσίαση ποσοστών χωρίς να δίνεται ένας συνολικός αριθμός, καθιστώντας έτσι αδύνατη την αξιολόγηση του ποσοστού.

Τόνισε δε η εκπρόσωπος της Α.Α. τη στενή σχέση μεταξύ του είδους 1 και 2 τα οποία αποτελούν στην ουσία το ίδιο αντικείμενο με μόνη διαφορά του 'insert' με αποτέλεσμα η αναφορά της επιτυχούσας για το πόσες επεμβάσεις έχουν γίνει στα κρατικά νοσηλευτήρια να μπορούσαν να ληφθούν υπόψη (δίδοντας μία εικόνα και του ποσοστού, καθότι τα μέλη της Ε.Α. ήταν σε θέση να γνωρίζουν το συνολικό αριθμό τέτοιων επεμβάσεων) και συνεπώς ορθά η προσφορά της κρίθηκε ως συμβατή με τους όρους του Διαγωνισμού. Πληροφορίες δε που δίδονται για το είδος 1 εύλογα μπορούν να αξιολογηθούν και για το είδος 2 αφού πέραν της ως άνω σχέσης τους φαίνεται ότι και

τα ίδια τα έγγραφα έχουν καταρτιστεί ενιαία με κοινές αναφορές στις οδηγίες και στους ειδικούς όρους.

2. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς για άλλες αποκλίσεις της προσφοράς της επιτυχούσας η Α.Α. απάντησε ως εξής;

- α) Η επιστολή της επιτυχούσας αφορούσε το είδος 1 και υπό αυτήν την έννοια λήφθηκε υπόψη από την Α.Α.
- β) Ο όρος 17 των Ειδικών Όρων αναφέρει ρητά ότι *«Προσφορές που υποβάλλονται χωρίς να περιλαμβάνονται τα πιο πάνω στοιχεία ενδεχομένως να μην ληφθούν υπόψη»*. Συνεπώς, η μη υποβολή των στοιχείων αυτών δεν αποτελεί απόκλιση από ουσιώδη όρο ούτε οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση η Α.Α. υποστηρίζει ότι και για τα 2 είδη αναφέρθηκε ως χώρα κατασκευής οι Η.Π.Α., σημειώνοντας ότι τα δύο είδη διαφέρουν μόνο ως προς το πλαστικό.
- γ) Για τον όρο 11 περί συμβατότητας μετάλλων, όπου η Αιτήτρια υποστηρίζει ότι η επιτυχούσα δεν έδωσε αποδεικτικά στοιχεία, η Α.Α. απαντά ότι δεν είχε εφαρμογή γιατί στην προσφορά της επιτυχούσας χρησιμοποιείται το ίδιο μέταλλο και για το μηρό και για τη κνήμη. Επομένως δεν τίθεται θέμα εξακρίβωσης συμβατότητας ίδιων μετάλλων.
- δ) Για τον Όρο 2 που ζητά να αναφερθούν τουλάχιστον τέσσερις δέσμες εργαλείων η Α.Α. απαντά ότι η επιτυχούσα έχει υποβάλει κατάλογο των ζητούμενων εργαλείων.
- ε) Επειδή, κατά την Α.Α. τα Είδη 1 και 2 είναι τα ίδια με μόνη διαφορά τα 'insert' - ενώ κατά την Αιτήτρια υπάρχει διάκριση μεταξύ τους - η παραπομπή σε αναφορές και τεκμηριώσεις που αφορούν το είδος 2 είναι εφικτή.

3. Ισχυρισμός για υποβολή μιας προσφοράς και για τα δύο είδη

Η Α.Α. υποστηρίζει ότι αν και το θέμα αυτό έχει απαντηθεί πιο πάνω (σημείο 2) σε κάθε περίπτωση αναφέρει ότι το σύστημα LCS γόνατο ικανοποιεί τις προδιαγραφές για ολική αρθροπλαστική γόνατος κινητής πλατφόρμας περιστρεφόμενης (RP glide) και ολικής αρθροπλαστικής γόνατος κινητής πλατφόρμας περιστρεφόμενης και προσθοπίσθιας ολίσθησης (APG glide) οι δε κατάλογοι της επιτυχούσας είχαν όλα τα αναγκαία στοιχεία για την αξιολόγηση της προσφοράς.

4. Αναιτιολόγητη απόφαση και πλάνη περί τα πράγματα

Αναφορικά με τον ισχυρισμό της Αιτήτριας ότι το πρακτικό του Σ.Π. ημερ. 28.5.2009 δεν περιέχει καμία αιτιολογία, η Α.Α. απάντησε ότι ο εκπρόσωπος της Γενικής Ελέγκτριας παρακάθεται στις συνεδρίες του Σ.Π. ως παρατηρητής στη βάση του κανονισμού 19 της Κ.Δ.Π. 201/2007, χωρίς όμως να αποτελεί γνωμοδοτικό όργανο και, ως εκ τούτου, υποχρέωση ειδικής αιτιολογίας σε περίπτωση διαφορετικής απόφασης του αποφασίζοντος οργάνου δεν υφίσταται. Η δε απόφαση του Σ.Π. είναι σύμφωνη με την εισήγηση της Ε.Α. που είναι το αρμόδιο όργανο στη βάση της Κ.Δ.Π. 201/2007 η οποία διέπει τις δημόσιες συμβάσεις.

Όπως υποστηρίζει η Α.Α., η υπό αναφορά απόφαση του Σ.Π. ημερ. 28.5.2009 είναι πλήρως αιτιολογημένη, καθότι περιέχει τα στοιχεία εκείνα που καθιστούν δυνατή την άσκηση ελέγχου από την ΑΑΠ και τα Δικαστήρια. Αναφέρεται ως προς τη θέση του εκπροσώπου της Γενικής Ελέγκτριας ότι η τελευταία λήφθηκε υπόψη αλλά *«ο αριθμός των επεμβάσεων και η χρήση των συγκεκριμένων ειδών που αναφέρονται στο έντυπο της προσφοράς της εταιρείας Hospitec που είναι και η φθηνότερη έχει ικανοποιήσει τον όρο αυτό...»*. Αναφορικά δε με την έκθεση της Ε.Α., αφού αυτή υιοθετήθηκε, είναι δυνατό η όποια αιτιολογία να αναπληρωθεί και συμπληρωθεί από την εν λόγω έκθεση. Άλλωστε τόνισε ότι η αιτιολογία μιας πράξης μπορεί να συμπληρωθεί ή να αναπληρωθεί από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου παραπέμποντας μας και σε σχετική νομολογία.

Τέλος η Α.Α. αντέκρουσε τον ισχυρισμό της Αιτήτριας ότι η επίδικη απόφαση είναι προϊόν πλάνης επειδή η Α.Α. λανθασμένα θεώρησε ότι η Αιτήτρια δεν υπέβαλε κατάλογο χρήσης των προσφερόμενων ειδών της. Και αν ακόμη κρινόταν η Αιτήτρια ότι πληρούσε τον όρο και πάλι η προσφορά της είναι ψηλότερη από αυτήν της επιτυχούσας. Στην παρούσα, κατά τον ισχυρισμό της Α.Α., εφαρμόζει η αρχή ότι σε περίπτωση πολλαπλών ή επαλλήλων αιτιολογιών, η νομιμότητα μιας από αυτές αρκεί να στηρίξει την προσβαλλόμενη πράξη παραπέμποντας μας σε σχετική νομολογία.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δύο πλευρών και μελετήσαμε επισταμένα και ενδελεχώς τα σχετικά στοιχεία του Διοικητικού Φακέλου καταλήγουμε στην ακόλουθη απόφαση:

Αναφορικά με το **αντικείμενο της σύμβασης** ο όρος 1.1. των Εγγράφων ορίζει ρητά «*προμήθεια εμφυτευμάτων Ολικής Αρθροπλαστικής Γόνατος Κινητής Πλατφόρμας για τις ανάγκες των Ορθοπεδικών Τμημάτων*» χωρίς να διαχωρίζει τα είδη. Ο διαγωνισμός έδωσε την ευχέρεια για υποβολή προσφοράς και για ένα από τα δύο είδη, κεχωρισμένα. Επομένως, ο ισχυρισμός της Αιτήτριας ότι κατά παράβαση των όρων του Διαγωνισμού η επιτυχούσα υπέβαλε μια ενιαία προσφορά δεν ευσταθεί. Τόσο το Είδος 1, όσο και το Είδος 2 εντάσσονται στην ευρεία κατηγορία εμφυτευμάτων ολικής αρθροπλαστικής γόνατος κινητής πλατφόρμας και οι διαφορές τους δεν είναι τέτοιες έτσι ώστε να χρειάζονταν χωριστές προσφορές, όταν κάτι τέτοιο δεν συνάγεται ούτε από τα έγγραφα του Διαγωνισμού. Αυτό που έχει σημασία κατά τη δική μας κρίση είναι τόσο για το είδος 1 όσο και για το είδος 2 να παρέχεται ουσιαστική συμμόρφωση με τους όρους του Διαγωνισμού χωρίς να είναι ανεπίτρεπτο έγγραφο και/ή τεκμηρίωση που αφορά το 1 να χρησιμοποιούνται και για το δεύτερο εκεί που η ομοιότητα είναι πρόδηλη. Αρκεί να μπορεί να συναχθεί με σαφήνεια η επάρκεια των υπό προσφορά προϊόντων σε σχέση με τις τεθείσες προδιαγραφές.

1) Αναφορικά με την προβολή από τον Αιτητή παράβασης εκ μέρους της επιτυχούσας του όρου 14 παρατηρούμε τα εξής:

Από τη μελέτη του διοικητικού φακέλου παρατηρούμε ότι το πιστοποιητικό που υπέβαλε η Αιτήτρια αφορά τη γενική κατηγορία εμφυτευμάτων ολικής αρθροπλαστικής γόνατος

κινητής πλατφόρμας, κατηγορία για την οποία προκηρύχθηκε ο επίμαχος διαγωνισμός και στην οποία εμπíπτουν και τα δύο υπό προσφορά αντικείμενα. Από τη στιγμή που με το ίδιο πιστοποιητικό καλύπτονται και τα δύο αντικείμενα ως προς την απαιτούμενη πιστοποίηση, θεωρούμε αβάσιμο τον σχετικό ισχυρισμό της Αιτήτριας.

Αναφορικά με το δεύτερο σκέλος του ως άνω όρου, σχετικά με τα ποσοστά χρησιμοποίησης των προτεινόμενων ειδών σε μεγάλα νοσοκομεία χωρών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή/και των ΗΠΑ παρατηρούμε τα εξής: Σε αντίθεση με το πρώτο σκέλος του σχετικού όρου η ως άνω υποχρέωση δεν αποτελεί κριτήριο αξιολόγησης της προσφοράς οιοδήποτε προσφοροδότη, πόρρω απέχει από το να θεωρηθεί τεχνική προδιαγραφή, αφού πουθενά δεν τίθεται ως αναγκαίο ελάχιστο ποσοστό χρήσης για να θεωρηθεί μια προσφορά αποδεκτή. Εφόσον δε το κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή, σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε οποιοδήποτε αποτέλεσμα να ληφθεί επιβαρυντικά υπόψη για οποιοδήποτε προσφοροδότη. Ούτως ή άλλως η πρόσδοση απόλυτων αριθμών και όχι ποσοστών δεν αποτελεί κατά την κρίση μας ουσιώδη απόκλιση αφού προφανής σκοπός είναι η άντληση πληροφόρησης της διοίκησης για την μέχρι τον κρίσιμο χρόνο έκταση της χρήσης των επίμαχων προϊόντων χωρίς βεβαίως πουθενά να τίθεται ως προϋπόθεση επαρκής χρήση αυτών.

2) Αναφορικά με τα λοιπά σημεία, που η Αιτήτρια προβάλλει ως ουσιώδεις αποκλίσεις, παρατηρούμε τα εξής:

α. Από τη σχετική επιστολή της επιτυχούσας δεν διασαφηνίζεται κατά πόσον η πληροφόρηση ήταν αναφορικά με το είδος 1 ή 2. Ούτως ή άλλως δεν πρόκειται περί στοιχείου, όπως πιο πάνω αναφέραμε, δυνάμενου να επιδράσει στην απόφαση κατακύρωσης.

β. Αναφορικά με τον **όρο 17**, αυτός αναφέρει ότι *«Προσφορές που υποβάλλονται χωρίς να περιλαμβάνονται τα πιο πάνω στοιχεία ενδεχομένως να μην ληφθούν υπόψη»*. Συνεπώς, ο ισχυρισμός για μη υποβολή από την επιτυχούσα στοιχείων για τη χώρα κατασκευής, το μοντέλο εμφυτεύματος ή τη χρονολογία αρχικής διάθεσης στην αγορά δεν αποτελεί απόκλιση από ουσιώδη όρο ούτε οδηγεί απαραίτητα σε απόρριψη της

προσφοράς. Παρόλα αυτά μέσα από την προσφορά της επιτυχούσας όλα τα πιο πάνω στοιχεία αναφέρονται στο κεφ. Historical Overview με γενικό τίτλο στη σελ. 1.1.

γ. Δεν συμφωνούμε καθόλου με την Αιτήτρια στα περί τεκμηρίωσης της συμβατότητας των μετάλλων που ζητά ο όρος 11. Η Αιτήτρια υπέβαλε βεβαίωση από την κατασκευάστρια εταιρία γιατί τα είδη είχαν δύο μέταλλα, ενώ η επιτυχούσα δεν είχε ανάγκη να τεκμηριώσει τη συμβατότητα, αφού χρησιμοποίησε το ίδιο μέταλλο για το μηρό και για την κνήμη, και επομένως δεν υπήρχε θέμα εξακρίβωσης της συμβατότητας μετάλλου από το ένα και το αυτό μέταλλο.

δ. Από έρευνά μας στο διοικητικό φάκελο διαπιστώσαμε ότι δίδεται επαρκής διαβεβαίωση για την προσφορά των απαιτούμενων εργαλείων για όλα τα είδη.

ε. Αναφορικά με τον ισχυρισμό για διορθώσεις στη σελ. 17 της προσφοράς της επιτυχούσας διαπιστώνουμε ότι αυτές αποτελούν παραπομπές στην προσφορά της επιτυχούσας προς καθοδήγηση του αρμόδιου οργάνου στα σχετικά στοιχεία.

στ. Αναφορικά με τον ισχυρισμό για παράλειψη σχετικών παραπομπών για το είδος 2 παρατηρούμε ότι εκτός από τη σελ. 4.1, σχετική παραπομπή γίνεται και στη σελ. 8, ενώ μια πιο προσεκτική μελέτη φανερώνει ότι στη σελ. 5.1 γίνεται ειδική αναφορά στο είδος 2.

3. Ο Ισχυρισμός της Αιτήτριας ότι η επιτυχούσα υπέβαλε μια προσφορά για τα δύο είδη κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού δεν ευσταθεί. Δεν χρειαζόταν να υποβάλει δύο διαφορετικές προσφορές από τη στιγμή που ο διαγωνισμός είναι ένας. Τίποτε στους όρους δεν υποδηλώνει την απαίτηση για υποβολή ξεχωριστών προσφορών, η δε επιτυχούσα έδωσε όλες τις αναγκαίες πληροφορίες για κάθε ένα από τα είδη δεδομένης και της προφανούς ομοιότητάς τους.

Στις σελίδες 4.1, 5.1 και 8 γίνεται ξεχωριστή αναφορά σε κάθε είδος με όλες τις αναγκαίες πληροφορίες για τον ακριβή διαχωρισμό τους.

4. Τέλος οι ισχυρισμοί της Αιτήτριας ότι το πρακτικό του Σ.Π. ημερ. 28.5.2009 δεν περιέχει καμία αιτιολογία ούτε σε σχέση με το πώς αξιολογήθηκε η αναφορά του εκπροσώπου της Γενικής Ελέγκτριας για παράβαση του όρου 14 αλλά ούτε και αναφορικά με τον ισχυρισμό της ότι η επίδικη απόφαση είναι προϊόν πλάνης, αφού η Α.Α. λανθασμένα θεώρησε ότι οι Αιτητές δεν υπέβαλαν με την προσφορά τους κατάλογο χρήσης των προτεινόμενων ειδών, απορρίπτονται ως ανυπόστατοι.

Παρατηρούμε ότι η επίδικη απόφαση είναι αιτιολογημένη (έχοντας υπόψη τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου) παρέχοντας όλα τα αναγκαία στοιχεία που καθιστούν εφικτό το δικαστικό της έλεγχο. Το Σ.Π. υιοθέτησε την έκθεση της Ε.Α., και είναι δυνατό η αιτιολογία να αναπληρωθεί ή να συμπληρωθεί από την εν λόγω έκθεση. Ακόμη η αιτιολογία μιας πράξης μπορεί να συμπληρωθεί από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου. Στην παρούσα υπόθεση αυτά είναι σαφώς και αρρήκτως συνδεδεμένα με την απόφαση.

Η ενασχόληση της Αιτήτριας με την μη αιτιολόγηση της άποψης του εκπροσώπου της Γενικής Ελέγκτριας καταλήγει εσφαλμένα να θεωρεί τον τελευταίο ως γνωμοδοτικό όργανο, ώστε απόκλιση από την εισήγησή του να δημιουργεί υποχρέωση αιτιολόγησης. Στην περίπτωση όμως αυτή το γνωμοδοτικό όργανο είναι η Ε.Α., ο δε εκπρόσωπος της Γενικής Ελέγκτριας ενεργεί ως παρατηρητής στη βάση του άρθρου 19 της Κ.Δ.Π. 201/2007, το δε Σ.Π. δεν υποχρεούται να αιτιολογεί την απόφασή του όταν αυτή διαφέρει από την άποψη ενός τέτοιου παρατηρητή. Η απόφαση του Σ.Π. είναι σύμφωνη με την εισήγηση της Ε.Α. η δε έκδοση της διοικητικής πράξης δεν αντικρούει προηγούμενη γνωμοδότηση, πρόταση ή εισήγηση αρμοδίου οργάνου.

Ο ισχυρισμός της Αιτήτριας, ότι η απόφαση είναι προϊόν πλάνης αφού η Α.Α. λανθασμένα εξέλαβε την προσφορά των Αιτητών ότι δεν υπεβλήθη κατάλογος χρήσης των προτεινόμενων ειδών, απορρίπτεται. Ακόμη και να αποδεχθούμε τη θέση των Αιτητών, η διαπιστωθείσα πλάνη δεν επέδρασε με κανένα τρόπο στην επίμαχη απόφαση, αφού η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε συμβατή με τους όρους του Διαγωνισμού και απερρίφθη στη βάση της τιμής, γεγονός που καθιστά την πλάνη, σε κάθε περίπτωση, μη ουσιώδη.

Μετά τα ως άνω ευρήματά μας αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 57/2009 αποτυγχάνει, η δε προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.