

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ευαγγελία Μιχολίτση σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 03.09.2021 με ΓΑΚ 1709/06.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος «...»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» η οποία εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 15.09.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. πρωτ. 01/01/23053/02-08-2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος της με το οποίο απέρριψε την προσφορά της για τα είδη με α/α 16, 17, 18 και 19.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με ηλεκτρονικό αριθμό ...ποσού €1.326,057.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. ...Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 1648/2021

προϊόντων αιμοστατικών απορροφούμενων (CPV: ...) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και με συνολικό προϋπολογισμό για ένα (1) έτος ποσού 1.263.352,28 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 13%. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε αρχικά η 11η-01-2021 και εν συνεχεία, δυνάμει της υπ' αρ. 2 απόφασης της 53ης Συνεδρίασης της 7ης -01-2021 του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, η 12η-03-2021 και ώρα 15:00 μ.μ.. Σύμφωνα με το Παράρτημα Ι – Μέρος Α της Διακήρυξης, τα προς προμήθεια είδη ανέρχονταν σε είκοσι ένα (21). Ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η προσφεύγουσα υπέβαλε υπέβαλε προσφορά για τα είδη με α/α 16, 17, 18 και 19. Με την υπ' αρ. πρωτ. 11/07/820/19942/05-07-2021 εισήγηση της Διεύθυνσης Διοικητικής Υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, η προσφορά της προσφεύγουσας για τα ανωτέρω είδη με α/α 16, 17, 18 και 19 κρίθηκε από την αρμόδια Επιτροπή διαγωνισμού με το από 23-04-2021 Πρακτικό της ως απορριπτέα. Η ανωτέρω Εισήγηση και η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας εγκρίθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 01/01/23053/02-08-2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία, περαιτέρω, για τα είδη με α/α 17, 18 και 19 αποφασίστηκε η διενέργεια επαναληπτικού ανοιχτού διαγωνισμού λόγω μη ανάδειξης αναδόχου, ενώ για το είδος με α/α 16 αποφασίστηκε η κατακύρωσή του στην παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 25.08.2021, ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 03.09.2021 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 07.09.2021 την υπό

Αριθμός απόφασης: 1648/2021

εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 18.09.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 20.09.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 24.09.2021 υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 07.09.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 15.09.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της για το τμήμα με α/α 16 και έχει απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας ως προς αυτό.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), 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. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται επί λέξει ότι *«...ο Πίνακας Συμμόρφωσης της εταιρείας μας χωριζόταν σε δύο μέρη. Το πρώτο μέρος έφερε τον τίτλο «ΓΕΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΑ Α/Α 16, 17,*

18, 19» και το δεύτερο μέρος έφερε τον τίτλο «ΕΙΔΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΑ Α/Α 16, 17, 18, 19». Στο πρώτο μέρος, στη στήλη «Περιγραφή Προδιαγραφής», η εταιρεία μας επαναλάμβανε, μεταξύ άλλων, όπως υποχρεούταν, την απαίτηση της Διακήρυξης: «Να διατηρείται στο ψυγείο και να μπορεί να αποθηκευτεί σε θερμοκρασία δωματίου για περιορισμένο διάστημα (όχι πλέον των 7 ημερών)». Στην αντίστοιχη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» είχε συμπληρώσει «ΝΑΙ» και στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» είχε δηλώσει ρητά τα εξής: «Διατηρείται στο ψυγείο και σε θερμοκρασία δωματίου έως 25 ο C. Η διάρκεια ζωής του είναι 2 χρόνια. Διατηρείται σε περιβάλλον χωρίς φως και άμεση ηλιοφάνεια». Τέλος, στην στήλη «Παραπομπή» είχε παραπέμψει στα Τεχνικά Φυλλάδια του αρχείου της Τεχνικής της Προσφοράς. Από τα ανωτέρω προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι για όλα τα επίμαχα είδη (ίδ. την αναφορά «ΓΕΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΑ Α/Α 16, 17, 18, 19» στον Πίνακα Συμμόρφωσης της εταιρείας) είχαν δηλωθεί ρητά οι συνθήκες αποθήκευσης. Η απόρριψη της προσφοράς μας, επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, αντίκειται στις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και πρέπει να ακυρωθεί, καθώς δεν συντρέχει ουδεμία περίπτωση παραβίασης του όρου της Διακήρυξης που απαιτούσε την αναφορά των συνθηκών αποθήκευσης των προσφερόμενων ειδών στην τεχνική προσφορά. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω και όλως επικουρικά σημειώνεται ότι τα προσφερόμενα είδη αποτελούν το ίδιο προϊόν της ίδιας κατασκευάστριας εταιρείας σε συσκευασία διαφορετικής ποσότητας το κάθε ένα. Πρόκειται, δηλαδή, για το ίδιο αντισυμφητικό gel σε ποσότητες των 10 ML, 5ML, 3ML και 6ML σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και επομένως, ούτως ή άλλως, τα προσφερόμενα είδη είχαν τα ίδια γενικά χαρακτηριστικά. Στο δε Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας Υλικού που υποβλήθηκε στην Τεχνική μας Προσφορά αναφέρεται ότι τα προσφερόμενα είδη «φυλάσσονται σε δροσερό, ξηρό μέρος προστατευόμενο από το φως», ενώ και στην από 25-08-2021 Βεβαίωση του Κατασκευαστή που επισυνάπτουμε στην παρούσα επιβεβαιώνεται ότι τα εν λόγω είδη αποθηκεύονται σε θερμοκρασία δωματίου σε 5-30 οC και / ή σε ψυγείο σε 5°C και πρέπει να τηρούνται μακριά από το φως και από άμεση έκθεση στον ήλιο. Από τα ανωτέρω, επομένως, προκύπτει ότι τα προσφερόμενα είδη υπερκαλύπτουν την επίμαχη απαίτηση της Διακήρυξης για διατήρηση σε ψυγείο και δυνατότητα αποθήκευσης σε θερμοκρασία δωματίου για περιορισμένο

Αριθμός απόφασης: 1648/2021

χρονικό διάστημα, καθώς μπορούν να διατηρούνται είτε στο ψυγείο είτε και αποκλειστικά σε θερμοκρασία δωματίου χωρίς περιορισμό. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι η τεχνική μας προσφορά έχρηζε διευκρίνισης, τότε όφειλε να μας υποβάλει σχετικό αίτημα, με βάση το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α΄ 36) και ισχύει από την 1η Ιουνίου 2021 σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 2 του ίδιου ως άνω νόμου...».

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του υπομνήματος προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις ανωτέρω αιτιάσεις της κρινόμενης προσφυγής : Στη σελίδα 41 της διακήρυξης «ΓΕΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΓΙΑ Α/Α 16, 17, 18 ΚΑΙ 19» ορίζεται κάθε ένα εκ των ειδών αυτών πρέπει «Να διατηρείται στο ψυγείο και να μπορεί να αποθηκευθεί σε θερμοκρασία δωματίου για περιορισμένο διάστημα (όχι πλέον των 7 ημερών)». Η προσφεύγουσα στον Πίνακα συμμόρφωσης που υπέβαλε δηλώνει με «ΝΑΙ» στο αντίστοιχο πεδίο ότι τα προσφερόμενα από αυτήν είδη πληρούν την ως άνω προδιαγραφή της Διακήρυξης αλλά στο επίσημο τεχνικό φυλλάδιο (...) που έχει καταθέσει προς απόδειξη αυτού δεν γίνεται κάποια αναφορά σχετικά με τις συνθήκες διατήρησης-συντήρησης. Περαιτέρω, στην ενότητα 7 «Χειρισμός και αποθήκευση» στο Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας (SAFETY DATA SHEET)-Επίσημη μετάφραση στα Ελληνικά που υπέβαλε η προσφεύγουσα με την προσφορά της, αναφέρεται σχετικά με έκαστο των ειδών αυτών ότι «Φυλάσσεται σε δροσερό, ξηρό μέρος προστατευόμενο από το φως». Επίσης, η προσφεύγουσα υπέβαλε με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή της το πρώτον, την από 25-08-2021 Βεβαίωση του Κατασκευαστή, με την οποία βεβαιώνεται ότι τα εν λόγω είδη αποθηκεύονται σε θερμοκρασία δωματίου σε 5-30°C και / ή σε ψυγείο σε 5°C και πρέπει να τηρούνται μακριά από το φως και από άμεση έκθεση στον ήλιο. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η διακήρυξη ορίζει συγκεκριμένο χρονικό διάστημα αποθήκευσης με ανώτατο καθοριζόμενο όριο εκείνο των 7 ημερών και σε θερμοκρασία δωματίου, ενώ τα είδη που προσφέρει η προσφεύγουσα μπορούν να αποθηκεύονται σε θερμοκρασία δωματίου μέχρι τη λήξη τους. Επίσης, η διακήρυξη δεν θέτει περιορισμό ως προς την αποθήκευση των ειδών ενώ τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα είδη

Αριθμός απόφασης: 1648/2021

πρέπει να βρίσκονται μακριά από το φως και από άμεση έκθεση στον ήλιο. Επομένως, τα προσφερόμενα είδη από την προσφεύγουσα δεν πληρούν την απαιτούμενη προδιαγραφή της διακήρυξης και ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της γι' αυτό τον λόγο.

Σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να την καλέσει για διευκρινήσεις αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς διότι ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της δεν είναι ότι η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι δεν έχει γίνει αναφορά στις συνθήκες αποθήκευσης των προσφερόμενων ειδών ώστε να μπορεί να το διευκρινήσει, αλλά διότι τα προσφερόμενα είδη δεν καλύπτουν την προδιαγραφή της Διακήρυξης. Επομένως, τυχόν κλήση της προσφεύγουσας θα σήμαινε υποβολή νέας προσφοράς από αυτήν. Κατόπιν των ανωτέρω οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι αβάσιμες και πρέπει να απορριφθούν.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 02 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 1648/2021

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ