

Η

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

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.11.2021 με ΓΑΚ 2154/18.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. 67470/5-11-2021 Απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της για το προς προμήθεια είδος και ματαιώνεται ο επίδικος διαγωνισμός

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 αρ. ... ποσού €600,00

2. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο, η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (στο εξής Πρόσκληση) για την προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας (CPV ...: ...) για τις ανάγκες των φορέων αρμοδιότητας και των ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, στο πλαίσιο των έκτακτων μέτρων για την αντιμετώπιση του κορωνοϊού και τη διασφάλιση της δημόσιας υγείας. Αντικείμενο της πρόσκλησης είναι η προμήθεια του είδους «Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες». Στην ως άνω

Αριθμός απόφασης: 62/2022

διαγωνιστική διαδικασία η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα την υπ' αριθ. πρωτ. 11687/23-02-2021 προσφορά της, με την οποία συμμετείχε ως υποψήφια ανάδοχος στο προκηρυσσόμενο είδος.

3. Επειδή, με το από 05-04-2021 πρακτικό της επιτροπής παραλαβής και αξιολόγησης των προσφορών, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το εν λόγω είδος, με την αιτιολογία ότι «από τον έλεγχο και τη δοκιμή των δειγμάτων, διαπιστώθηκε ότι το εξωτερικό περίβλημα της μπλούζας είναι πλήρως λαμιναρισμένο, στερείται απορροφητικότητας, συνεπώς έχει αυξημένη πιθανότητα μετάδοσης μολυσματικών υγρών, και το υλικό κατασκευής προκαλεί εντονότερη εφίδρωση στο χρήστη» και παράλληλα έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...». Το ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 31303/25.05.2021 απόφαση του Διοικητή της Κατά της ως άνω αποφάσεως η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1161/8/6/2021 Προδικαστική Προσφυγή με την οποία αιτούνταν να γίνει δεκτή η προσφορά της για το εν λόγω προϊόν και να αποκλειστεί η μη νόμιμη προσφορά της εταιρείας «...» στην οποία και είχε κατακυρωθεί προσωρινά η προμήθεια δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. 31303/25.05.2021 απόφασης του Διοικητή της Επί της ως άνω προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθ. 1267/2021 απόφαση του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η οποία την έκανε δεκτή και αναγνώρισε ότι μη νομίμως η αποκλείστηκε αρχικά από τη διαγωνιστική διαδικασία από την αναθέτουσα αρχή καθώς και ότι η προσφορά της εταιρείας «...» έχριζε διευκρινήσεων. Σε συνέχεια της ως άνω αποφάσεως της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την με την παρούσα προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 67470/5-11-2021 απόφαση, με την οποία ενέκρινε το από 18- 10-2021 Πρακτικό της Επιτροπής και αποκλείει την προσφορά της εταιρείας «...» και της προσφεύγουσας και ματαιώνει των διαγωνισμό.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης κατακύρωσης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβε ηλεκτρονικά μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η προσφεύγουσα στις 08.11.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 17.11.2021, με αποστολή στην ΑΕΠΠ μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, 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 προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 62/2022

και επιδιώκει να γίνει δεκτή η προσφορά της προς τον σκοπό να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 73312/02.12.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 02.12.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώως το από 07.12.2021 υπόμνημά της.

6. 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).

7. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον λόγο της υπό κρίση προσφυγής κατά του αποκλεισμού της που προβάλλει η προσφεύγουσα: Η αιτιολογία αποκλεισμού της είναι η εξής: *«Όσον αφορά την αριθμ. 1267/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και την ακύρωση της αριθμ. πρωτ. 31303/25-05-2021 απόφασης του Διοικητή της κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρεία, η επιτροπή επισημαίνει ότι η μπλούζα της εταιρείας ενώ έχει τα τυπικά χαρακτηριστικά όπως αναφέρονται στις προδιαγραφές του διαγωνισμού σε σχέση με το υλικό κατασκευής, παρουσιάζει αστοχία στον τρόπο κατασκευής και συγκεκριμένα έχει τοποθετηθεί η λαμιναρισμένη επιφάνεια στην εξωτερική πλευρά και η «χνουδωτή» non-woven επιφάνεια στην εσωτερική. Μέχρι σήμερα όλα τα υλικά μίας χρήσεως που χρησιμοποιούνται πχ. χειρουργικά πεδία, ματισμός και μπλούζες μίας χρήσεως χειρουργικές, η «χνουδωτή επιφάνεια»*

Αριθμός απόφασης: 62/2022

είναι πάντα από την μεριά των ιατρικών πράξεων (εξωτερική επιφάνεια) και αυτό βέβαια δεν είναι τυχαίο. Η διάταξη αυτή εξυπηρετεί δύο σημαντικές ιδιότητες του εκάστοτε υλικού, που σε διαφορετική περίπτωση θα ήταν ακατάλληλο στην χρήση (όπως π.χ. ένα απλό νάιλον) Η παράμετρος του να είναι στην εξωτερική πλευρά η «χνουδωτή» non-woven επιφάνεια προσδίδει στη μπλούζα δύο σημαντικές ιδιότητες που είναι απαραίτητες για τον σκοπό που προορίζεται. Και αυτές είναι η σημαντικά μειωμένη διασπορά των μολυσμένων υγρών και η απαγωγή της θερμότητας από τον χρήστη. Όταν τα μολυσμένα σταγονίδια προσπέσουν σε μία λεία επιφάνεια με χαμηλό συντελεστή πρόσφυσης όπως είναι η λαμιναρισμένη, αντανακλώνται προς στο περιβάλλον ή ρέουν με την βαρύτητα στο δάπεδο και γενικά μπορούν να αποκολληθούν πολύ εύκολα συνεπώς η διασπορά στο περιβάλλον είναι μεγάλη. Στη λαμιναρισμένη επιφάνεια η απορροφητικότητα που είναι επιθυμητή είναι μηδενική και η αντανακλαστικότητα μεγάλη. Η δεύτερη σημαντική ιδιότητα που προσδίδεται με την «χνουδωτή» non-woven στην εξωτερική επιφάνεια της μπλούζας είναι η αποβολή της θερμότητας του χρήστη. Όπως είναι γνωστό από την φυσική, η απαγωγή της θερμότητας από ένα υλικό είναι ανάλογη του συντελεστή θερμικής αγωγιμότητας και της επιφάνειας από την οποία θα απαχθεί η θερμότητα. Στην περίπτωση του προσφερόμενου προϊόντος της, βάσει του δείγματος, η «χνουδωτή» επιφάνεια είναι πολύ μεγαλύτερη από την λαμιναρισμένη επιφάνεια που αντιστοιχεί σε συγκεκριμένο τμήμα υφάσματος. Έτσι ενώ μιλάμε για το ίδιο ύφασμα η απαγωγή της θερμότητας μειώνεται σημαντικά όταν τοποθετηθεί η λεία επιφάνεια εξωτερικά με αποτέλεσμα να το κάνει ακατάλληλο για χρήση σε θερμοκρασίες νοσοκομείου, ιατρείου κ.λ.π. εσωτερικών χώρων (λειτουργεί όπως τα αδιάβροχα χειμωνιάτικα μπουφάν με την εσωτερική επένδυση). Η επιτροπή θεωρεί τις δύο αυτές ιδιότητες πολύ σημαντικές στην χρήση του υλικού και ως εκ τούτου δεν μπορεί να εντάξει το προϊόν της συγκεκριμένης εταιρείας στον παρόντα διαγωνισμό και το θεωρεί ακατάλληλο και επιβλαβές για την υγεία τόσο του χρήστη όσο και των ασθενών».

Στην σελ. 19 ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της πρόσκλησης και για το είδος ΜΠΛΟΥΖΕΣ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΕΣ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΕΣ ΑΔΙΑΒΡΟΧΕΣ ορίστηκαν οι εξής προδιαγραφές «Μπλούζα χειρουργική με μανσέτα, ολικής

Αριθμός απόφασης: 62/2022

προστασίας και ενίσχυσης – FFP σε όλη την επιφάνειά της χωρίς να φέρει πλαστικές ενισχύσεις και ραφές για προστασία από λοιμώδη νοσήματα, με θερμοκόλληση, απόλυτα αδιάβροχη, αποστειρωμένη με ακτινοβολία ή και ΕΤΟ, ελεύθερη latex, μιας χρήσης. Να κατατίθεται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς το πιστοποιητικό συμμόρφωσης με το πρότυπο EN 13795. Τα πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ύπαρξη των παραπάνω προϋποθέσεων (τεχνικά φυλλάδια, πρότυπα, πιστοποιητικά κτλ) θα πρέπει να συμπεριλαμβάνονται στο φάκελο της Τεχνικής Προσφοράς. Στο φύλλο συμμόρφωσης οι παραπομπές να τεκμηριώνονται και να υποδεικνύονται με υπογραμμίσεις και τους αντίστοιχους αριθμούς πάνω στα τεχνικά φυλλάδια. Όσον αφορά τα πιστοποιητικά (CE, ISO, συμμόρφωση με EN) να αριθμούνται και να δηλώνεται στην παραπομπή ο αύξων αριθμός τους. Απαιτείται να κατατεθεί και πιστοποιητικό ISO του κατασκευαστικού οίκου του προϊόντος, εκτός από το πιστοποιητικό ISO του οικονομικού φορέα. Δ. ΔΕΙΓΜΑΤΑ Για το ζητούμενο είδος να κατατεθεί δείγμα επί ποινή απόρριψης. Το δείγμα πρέπει να κατατεθεί με την εργοστασιακή του συσκευασία.».

Επομένως, όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, η προσφερόμενη μπλούζα της προσφεύγουσας πληροί τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της Προσκήσεως, αφού δεν ζητείται συγκεκριμένη διάταξη των υλικών. Ο βασικός ισχυρισμός σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της είναι ότι κατά την εξέταση του δείγματος προέκυψε ότι η τοποθέτηση των υλικών καθιστά την μπλούζα ακατάλληλη προς χρήση. Όμως η προβλεπόμενη εξέταση του δείγματος, την οποία επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, γίνεται προς επαλήθευση ότι η προσφερόμενη μπλούζα πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές που τέθηκαν με την Πρόσκληση και όχι για εξέταση προδιαγραφών που δεν ήταν υπήρχαν και επομένως δεν ήταν σε γνώση των συμμετεχόντων πριν την υποβολή της προσφοράς τους. Το εάν η τοποθέτηση των υλικών θα δημιουργήσει μεγαλύτερη εφίδρωση ή μεγαλύτερη διασπορά μολυσματικών υγρών δεν μπορεί να αποτελέσει κριτήριο αποκλεισμού εφόσον δεν προβλέπεται από την Πρόσκληση και αποδοχή τέτοιου κριτηρίου ως λόγου απόρριψης προσφοράς, θα συνιστούσε το πρώτον θέσπιση όλως νέας προδιαγραφής κατά την αξιολόγηση όπως έχει ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. 1267/2021 απόφαση ΑΕΠΠ στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφερόμενη μπλούζα

Αριθμός απόφασης: 62/2022

είναι ακατάλληλη και επιβλαβής για την υγεία τόσο του χρήστη όσο και των ασθενών είναι αβάσιμη διότι αυτή καλύπτει όλες τις απαιτούμενες από την πρόσκληση προδιαγραφές CE. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, προκειμένου να απορριφθεί νομίμως στο πλαίσιο δημόσιου διαγωνισμού προϊόν για λόγους δημόσιας υγείας το οποίο πληροί προδιαγραφές CE, επιβάλλεται να προηγηθεί η ενεργοποίηση της ρήτρας διασφάλισης των άρθρων 1, 2, 4, 5, 8, 10, 14β, 17 και 18 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14ης Ιουνίου 1993, περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, κάτι το οποίο δεν έπραξε η αναθέτουσα αρχή. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι βάσιμη, πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

8. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ