

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 30.12.2022, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 81/19.01.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση (...η/22.12.2022 συνεδρίαση) του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής – κατ' αποδοχή του, από 20.12.2022, νέου πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης και του, από 20.12.2022, νέου πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια ΥΛΙΚΩΝ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ», Κωδικός CPV: ..., προϋπολογισμού 84.273,03 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αρ. .../2022 διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου,

σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 30.12.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 81/19.01.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν οι διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../22.12.2022 απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έγκριση Νέων Πρακτικών Δικαιολογητικών Τεχνικής και Οικονομικής Αξιολόγησης μετά την αξιολόγηση των Υπομνημάτων των Εταιρειών, του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την Ετήσια Προμήθεια Υλικών Αποστείρωσης [ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ .../2022], ενδεικτικού προϋπολογισμού 84.273,03€ με το ΦΠΑ, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη, βάσει τιμής του ...»*, αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 23.12.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά για τα επίμαχα είδη με α/α 19 έως και 27 («Ρολά αποστείρωσης ΧΩΡΙΣ ΠΙΕΤΑ») και με α/α 28 έως και 35 («Ρολά αποστείρωσης ΜΕ ΠΙΕΤΑ») του υπό εξέταση διαγωνισμού - για τα οποία συμμετείχε και η ανταγωνίστριά της εταιρεία «...» (προσωρινός μειοδότης) - η οποία έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (2^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής. Το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016,

καθόσον με την υπ' αριθμ. ...22.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η ως άνω εταιρεία μη νομίμως αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης ως προς τα επίμαχα είδη του διαγωνισμού, διότι η προσφορά της δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

6. Επειδή, στις 30.01.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση των τιθέμενων προδιαγραφών ως προς το ζητούμενο χαρτί ιατρικού τύπου και την περιεκτικότητά του σε χλώριο. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μολονότι στο Παράρτημα Ι (βλ. Ενότητα: ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ - ΕΙΔΗ ΥΛΙΚΩΝ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ (...)) ΙΙ. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΑΝΑ ΕΙΔΟΣ, σελ. 52 και 53) της διακήρυξης, προβλέπεται τόσο για τα «Ρολά αποστείρωσης ΧΩΡΙΣ ΠΙΕΤΑ», όσο και για τα «Ρολά αποστείρωσης ΜΕ ΠΙΕΤΑ», ότι: «... *Ιδιότητες χαρτιού: Το ιατρικού τύπου χαρτί να έχει βάρος 70 g/m² να είναι ακίνδυνο, ελεύθερο ξένων ουσιών, να είναι σύμφωνο με το EN ISO 11607-1, με περιεκτικότητα σε χλώριο <0,05% EN 868-3*», εντούτοις, από την επισκόπηση του φυλλαδίου τεχνικών χαρακτηριστικών (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο 21 «Δηλώσεις και εκθέσεις αξιολόγησης περί συμμόρφωσης με τα ζητούμενα πρότυπα»), στο οποίο και παραπέμπει η καθής η προσφυγή στον πίνακα συμμόρφωσης, προκύπτει ότι τα προσφερόμενα προϊόντα δεν είναι κατασκευασμένα από χαρτί ιατρικού τύπου βάρους 70 g/m². Και τούτο, διότι ενώ στην επικεφαλίδα του πίνακα της σελίδας 11 του ως άνω φυλλαδίου γίνεται αναφορά σε χαρτί ιατρικού τύπου (medical grade paper) 70 g/m², εντούτοις, στην πρώτη γραμμή του αναλυτικού πίνακα, όπου αναφέρεται και το πρότυπο EN ISO 536, βάσει του οποίου γίνονται οι μετρήσεις του βάρους του χαρτιού, αναγράφονται τα εξής: «ουσία – substance – με μονάδα μέτρησης g/m² δηλαδή βάρος - δείτε τη δεύτερη στήλη (UnitsΜονάδα), με μέσο όρο (Avg) 60,6 g/m² (ελάχιστο (min) 60,2 g/m² μέγιστο (max) 61 g/m²).». Επίσης, η περιεκτικότητα σε χλώριο (βλ. τελευταία γραμμή του πίνακα) είναι <0,1%, ήτοι, διπλάσια από το ζητούμενο (<0,05%). Εν όψει των ανωτέρω πλημμελειών, η προσφορά της καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί. Ως προς τον πρώτο ισχυρισμό της

προσφεύγουσας (προσφορά χαρτιού που δεν είναι ιατρικού τύπου βάρους 70g/m²), η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι και για τις δύο (2) κατηγορίες προϊόντων πληρούται οι επίμαχη απαίτηση. Ειδικότερα, αναφέρει στις απόψεις της, ότι τόσο ως προς τα «Ρολά αποστείρωσης ΧΩΡΙΣ ΠΙΕΤΑ», όσο και ως προς τα «Ρολά αποστείρωσης ΜΕ ΠΙΕΤΑ», η πλήρωση της σχετικής απαίτησης προκύπτει από το υποβληθέν αρχείο 13 («Τεχνική προσφορά»), το αρχείο 14 (προσπέκτους), το αρχείο 21 (φυλλάδιο τεχνικών χαρακτηριστικών) και το αρχείο 15 (δήλωση συμμόρφωσης του κατασκευαστή).

Στην υπό κρίση υπόθεση, ανεξαρτήτως των στοιχείων που αναγράφονται στον πίνακα του ηλεκτρονικού αρχείου 21 ως προς την επίμαχη ιδιότητα, η πλήρωση της οικείας απαίτησης του διαγωνισμού προκύπτει και για τις δύο (2) κατηγορίες προϊόντων - ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή - από την επισκόπηση, τόσο του τεχνικού φυλλαδίου/προσπέκτους του κατασκευαστικού οίκου «...» (βλ. αρχείο 14, σελ. 5-6 και 7-8, αντίστοιχα), όσο και της δηλώσεως συμμόρφωσης-declaration of conformity του ως άνω κατασκευαστή (βλ. αρχείο 15), όπου επιβεβαιώνεται, μεταξύ άλλων, η συμμόρφωση με την οδηγία ιατροτεχνολογικών προϊόντων (ΕΕ)2017/745, τα οποία, σημειωτέον, αποτελούν τα πλέον κατάλληλα έγγραφα προς πλήρη απόδειξη του ζητούμενου χαρακτηριστικού, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Β) Ωστόσο, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού αρχείου 21, προκύπτει ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, τα είδη που προσφέρονται ως προς τις επίμαχες κατηγορίες προϊόντων δεν συμμορφώνονται με την ζητούμενη περιεκτικότητα σε χλώριο και ως εκ τούτου, η προσφορά της καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου και η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τη μη πλήρωση της ως άνω απαίτησης, αφού στο σχετικό έγγραφο απόψεων του προς την ΕΑΔΗΣΥ αναφέρει ότι: *«Ως προς την περιεκτικότητα σε χλώριο η Επιτροπή εκ παραδρομής κατά την αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών δεν αξιολόγησε ορθώς την προσφορά της εταιρείας «...» καθώς στις Τεχνικές Προδιαγραφές στο φυλλάδιο Τεχνικών χαρακτηριστικών, α/α δικαιολογητικό 21, (στην τελευταία γραμμή του πίνακα) δηλώνει ότι η περιεκτικότητα σε χλώριο είναι <0,1% αντί <0,05% όπως ζητείται στο (Παράρτημα Ι) της*

Διακήρυξης...». Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι στο άρθρο 1.3 («Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης») της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Αντικείμενο της Σύμβασης είναι η Ετήσια (01) Προμήθεια Υλικών Αποστείρωσης για το ... (με 7 υποχρέωση του Προμηθευτή για απόλυτη συμμόρφωση με τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τους Όρους της Διακήρυξης)..... ».

Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.3.2 («Τεχνική προσφορά») της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα (σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης, Άρθ.94, Ν.4412).»*. Τέλος, σημειώνεται ότι, κατά πάγια νομολογία, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011), περίπτωση που, ωστόσο, δεν συντρέχει εν προκειμένω. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση των τιθέμενων προδιαγραφών ως προς το ζητούμενο φιλμ. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μολονότι στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Το φιλμ να είναι 12/40 PET/PP πάχους 54mm και βάρους 54g/m², ελαφρά χρωματισμένο (μπλε ή πράσινο) φυσιολογικά ακίνδυνο με καλή και ασφαλή θερμοκόλληση στο χαρτί ιατρικού τύπου. Να είναι σύμφωνο με το EN 868-5.»*, εντούτοις, από την επισκόπηση του εγγράφου: «Τεχνικό φυλλάδιο – θήκες και ρολά αποστείρωσης (απλά, με πιέτα)», που περιλαμβάνεται στο ηλεκτρονικό αρχείο 21 (βλ. σελ. 11 του αρχείου 21), προκύπτει ότι: i) σε αυτό αναφέρεται μόνο ότι: *«Properties of the Film (Ιδιότητες του Φιλμ), Το Πολυστρωματικό πλαστικό φιλμ είναι διάφανο*

ελαφρώς χρωματισμένο, τέσσερα στρώματα, μη τοξικό (53gsm)», ενώ σε κανένα σημείο του δεν αναφέρεται το είδος του πλαστικού από το οποίο είναι κατασκευασμένο το φιλμ, μολονότι προβλέπεται ρητώς ότι θα πρέπει να είναι 12/40 PET/PP) και ii) το πάχος (thickness) του φιλμ είναι λιγότερο από το ζητούμενο, αφού αναγράφεται ότι η ανώτερη τιμή είναι τα 51,4 microns, αντί των 54 microns που ζητούνται στη διακήρυξη. Ως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η επίμαχη απόκλιση από την οικεία τεχνική προδιαγραφή είναι σαφής, αφού στον πίνακα που περιλαμβάνεται στο αρχείο 21, αναφέρεται ότι η πυκνότητα (thickness) σε microns είναι 51,2, πριν την έκθεση σε ατμό και 51,4, μετά την έκθεση σε ατμό.

Θα πρέπει στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι αμφότερες οι ανωτέρω πλημμέλειες της προσφοράς συνομολογούνται από την αναθέτουσα αρχή, ως προκύπτει από το σχετικό έγγραφο απόψεών της προς την Αρχή, στο οποίο αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι εκ παραδρομής δεν αξιολογήθηκε ορθώς η προσφορά της καθής η προσφυγή ως προς το ζητούμενο φιλμ και ότι θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, λόγω απόκλισης από τις οικείες προδιαγραφές. Ωστόσο, από την επισκόπηση του τεχνικού φυλλαδίου/προσπέκτους του κατασκευαστή (βλ. υποβληθέν ηλεκτρονικό αρχείο 14, σελίδα 7 για τα ρολά αποστείρωσης επίπεδα και σελίδα 9 για τα ρολά αποστείρωσης με πίετα), προκύπτει ότι το φιλμ αναφέρεται ρητώς ως PET/PP, όπως ζητείται στη διακήρυξη και επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, αλλά και της Αναθέτουσας Αρχής, θα πρέπει να απορριφθούν.

Περαιτέρω, κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και του Νοσοκομείου περί προσφοράς φιλμ μικρότερου πάχους (51,4 microns: ανώτατη τιμή), από το ζητούμενο (54 microns), αφού από τα ανωτέρω αναφερόμενα στο αρχείο 21 της προσφοράς, προκύπτει σαφώς η μη πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης. Πέραν τούτων, από την επισκόπηση του αρχείου 21, προκύπτει ότι και το βάρος του προσφερόμενου φιλμ είναι μικρότερο (53 g/m²) από το ζητούμενο στη διακήρυξη (54g/m²).

Ενόψει των ανωτέρω, η προσφορά της εταιρείας «...» θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, λόγω μη πλήρωσης απαραίτων όρων της εν θέματι διακήρυξης. Εξάλλου, οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά

τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά εξέλειπε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και ενδεχομένως αποκτήθηκε μεταγενεστέρως. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, ο 2ος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση (.../22.12.2022 συνεδρίαση) του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ