

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 30 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-9-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1277/14-9-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «Π.Γ.Ν.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της Απόφασης 13ης/2-9-2020 έκτακτης συνεδρίασης Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απεκλείσθη όσον αφορά το 1ο ζητούμενο είδος ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΕΣ ΜΑΣΚΕΣ 3PLY ΜΕ ΛΑΣΤΙΧΟ, στο πλαίσιο της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΣΕ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΜΑΠ ΜΕΣΩ ΤΙΣ ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΑΣ ΤΟΥ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ, ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΛΗΨΗΣ ΜΕΤΡΩΝ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΠΟΦΥΓΗΣ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΔΙΑΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΚΟΡΩΝΟΙΟΥ ΓΙΑ ΤΗΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρόσκληση, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 10-8-2020.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 723,19 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 10-9-2020 εμβάσματος Τραπέζης

2. Επειδή, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 14-9-2020 στρεφόμενη κατά της από 4-9-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, προσφυγή, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε από το οικείο είδος 1 για 348.075 μάσκες ανώτατης αποδεκτής αξίας 0,32/τμχ άνευ ΦΠΑ κατά την Απόφαση της .../1-7-2020 συνεδρίασης (θέμα 4^ο) ΚΕΣΥΠΕ, ήτοι επιμέρους εκτιμώμενης αξίας 111.384 ευρώ, με την αιτιολογία ότι *«Για το είδος με α/α 1 «Χειρουργικές μάσκες 3ply με λάστιχο», η προσφερόμενη από την εταιρεία μάσκα είναι μεν σύμφωνη με τις προδιαγραφές της πρόσκλησης, όμως από την εξέταση του δείγματος διαπιστώθηκε ότι δεν εφαρμόζει στο πρόσωπο, καθώς το έλασμα στο πάνω μέρος της λυγίζει μεν κατά την πίεσή του στη μύτη, όμως αμέσως επανέρχεται στην αρχική του θέση αφήνοντας κενό μεταξύ του προσώπου και της μάσκας. Συνεπώς, κατά την κρίση των μελών της επιτροπής, η προσφερόμενη μάσκα από την εταιρεία πρέπει να απορριφθεί, γιατί δεν παρέχει την απαιτούμενη προστασία.»*, ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 22-9-2020 παρέμβαση, ενώ την απόρριψη της προσφυγής αιτείται με τις από 21-9-2020 Απόψεις της η αναθέτουσα. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΔΟΣΗ ΤΟΥ ΚΟΡΩΝΑΙΟΥ της διακήρυξης, ορίζεται ότι *«2. Ειδικότερα, τα προσφερόμενα υλικά πρέπει να*

πληρούν τους εξής όρους: 2.1. Να ανταποκρίνονται πλήρως στις ανάγκες των φορέων για τη χρήση που προορίζονται.» και κατά το ΚΕΦ. Γ. ΑΝΑΛΥΤΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ του ιδίου ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ορίζονται τα εξής «1. Χειρουργικές Μάσκες 3play με λάστιχο» ... Χειρουργική μάσκα με λάστιχο τριών στρωμάτων. Να είναι υποαλλεργική, κατασκευασμένη από μαλακό υλικό, άνετη, ανθεκτική στην υγρασία με άριστη αεροδιαπερατότητα. Να έχει μεγάλα ενισχυμένα κορδόνια και μαλακό επιρρήνιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της μάσκας....». Επομένως, αφενός απαιτήθηκε τα προσφερόμενα αγαθά να είναι όλως κατάλληλα σε σχέση με την προοριζόμενη χρήση και τις προς κάλυψη ανάγκες, πράγμα που προδήλως αναφέρεται μεταξύ άλλων στα κατά την κοινή πείρα και τα κατά τα κοινώς κρατούντα και επιστημονικά γνωστά χαρακτηριστικά και τεχνικά χαρακτηριστικά που αφορούν τη χρήση των αγαθών και τον σκοπό αυτών. Αφετέρου, η μάσκα απαιτήθηκε να περιέχει «μαλακό» επιρρήνιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της, έλασμα που προορίζεται για την ασφαλή προσαρμογή της μάσκας στο πρόσωπο του ανά περίπτωση χρήστη, κατά τρόπο που κλείνουν τα κενά μεταξύ αυτής και των γωνιών του προσώπου, ώστε να μην εισχωρεί αέρας και να επιτυγχάνεται ο σκοπός της αναπνευστικής κάλυψης. Προς τούτο δε εξάλλου απαιτείται το έλασμα αυτό να είναι μαλακό, ώστε ακριβώς να διαμορφώνεται το σχήμα του πάνω στο πρόσωπο. Κατά τα ανωτέρω, από τον έλεγχο του δείγματος της εκ του προσφεύγοντος προσφερόμενης μάσκας, χωρίς να αντικρούει τις οικείες τεχνικές διαπιστώσεις της αναθέτουσας, ο προσφεύγων, προέκυψε ότι αυτή «δεν εφαρμόζει στο πρόσωπο, καθώς το έλασμα στο πάνω μέρος της λυγίζει μεν κατά την πίεσή του στη μύτη, όμως αμέσως επανέρχεται στην αρχική του θέση αφήνοντας κενό μεταξύ του προσώπου και της μάσκας», δηλαδή προέκυψε ότι το έλασμα δεν ήταν «μαλακό» όπως απαιτήθηκε, αλλά σκληρό και ελαστικό, αφού δεν παραμορφωνόταν μηχανικά, ώστε να εφαρμόσει στο πρόσωπο, αλλά μόλις έπαιε η πίεση σε αυτό, εκείνο επανερχόταν στη θέση του, χωρίς να επιτυγχάνει διατηρούμενη άνευ διαρκούς πίεσης από τον χρήστη, εφαρμογή. Άλλωστε, για τον ίδιο λόγο, η προσφερόμενη μάσκα δεν ανταποκρίνεται στην προοριζόμενη

χρήση της, στο πλαίσιο της χρήσης αυτής ως ατομικό μέσο προστασίας. Συνεπώς, αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι τα ευρήματα της αναθέτουσας δεν συνεπάγονται παράβαση επί ποινή αποκλεισμού όρων διακήρυξης, αφού αφενός απαιτήθηκε καταλληλότητα για προοριζόμενη χρήση, αφετέρου μαλακό έλασμα, απαιτήσεις που αμφότερες δεν καλύπτονται σύμφωνα με τα παρατηρηθέντα εκ του ελέγχου του δείγματος και ενώ, εξάλλου, η αναφορά του ως άνω πρακτικού περί καταρχήν συμμόρφωσης με τις προδιαγραφές, έχει την έννοια ότι η μάσκα καλύπτει τις λοιπές προδιαγραφές και κατά τα σχεδιαστικά χαρακτηριστικά της φαινόταν ότι ήταν κατάλληλη, πλην όμως κατά τον έλεγχο δείγματος αν μη τι άλλο προέκυψε μη συμμόρφωση του δείγματος με την απαίτηση να είναι μαλακό και άρα, διαμορφώσιμο προς εφαρμογή στο πρόσωπο, ως και με τη γενική απαίτηση καταλληλότητας για την προοριζόμενη χρήση. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται το οικονομικώς συμφέρον της προσφοράς του, διότι τούτο προϋποθέτει και κρίνεται επί καταλλήλων τεχνικά και για την προοριζόμενη χρήση τους, προσφορών, ενώ άλλωστε, ο έλεγχος δειγμάτων από τα όργανα αξιολόγησης της αναθέτουσας και η καταγραφή των παρατηρήσεων τους, στα πλαίσια άσκησης των καθηκόντων τους, όπως και η μη αμφισβητηθείσα πάντως και δη με ορισμένο τρόπο, τεχνική κρίση αυτών περί καταλληλότητας ή μη των προσφερόμενων αγαθών, ουδόλως συνιστά παράνομη πράξη αυτών, πέραν όσων αορίστως ο προσφεύγων επικαλείται. Σε αντίθεση δε με όσα ο προσφεύγων επικαλείται, η αναθέτουσα δια της οικείας εκτελεστής πράξης που επικύρωσε το γνωμοδοτικό ούτως ή άλλως πρακτικό, είναι όλως αρμόδια κατά την ίδια την πρόσκληση, ΚΕΦ. Γ, σελ. 9 αυτής ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ, για την κρίση περί καταλληλότητας και συμμόρφωσης με τις απαιτήσεις της διαδικασίας όσον αφορά τα προσφερόμενα αγαθά, χωρίς να απαιτείται να διαπιστωθεί η απόκλιση ή ακαταλληλότητα από ειδικό εργαστήριο ή τρίτο φορέα και ενώ, η κρίση περί του αν μια μάσκα εφαρμόζει με το έλασμα της ή μη στο πρόσωπο είναι εμπειρική και δεν χρήζει εργαστηριακής επιβεβαίωσης. Η δε πρόσκληση, ακριβώς ορίζει ότι το έλασμα πρέπει να είναι μαλακό, ο δε προσφεύγων ανεπιφύλακτα μετείχε, το πρώτον προβάλλοντας ότι δεν

καθοριζόταν ο βαθμός ελαστικότητας και ο τρόπος εφαρμογής του ελάσματος και αμφισβητώντας την αρμοδιότητα της αναθέτουσας και τη δυνατότητα της να κρίνει τούτο, παρότι όμως ρητά από την ως άνω πρόσκληση απαιτήθηκε, σελ. 9 αυτής, η αποστολή δειγμάτων για κάθε μέσο ατομικής προστασίας. Άλλωστε, σε κάθε περίπτωση προκύπτει ότι ο βαθμός ελαστικότητας θα έπρεπε να είναι τέτοιος και ο τρόπος εφαρμογής του ελάσματος ανάλογος, ώστε προφανώς η μάσκα να εφαρμόζει στο πρόσωπο και επομένως, ασχέτως ποσοτικού προσδιορισμού βαθμού ελαστικότητας, θα έπρεπε, λόγω και της φύσης και του προορισμού του αγαθού, η έννοια του μαλακού ελάσματος να ερμηνευθεί με τρόπο τέτοιο ώστε να προκύπτει η δυνατότητα του να είναι όσο ελαστικό χρειάζεται, προκειμένου να εφαρμόζει στο πρόσωπο κατάλληλα χωρίς κενά. Περαιτέρω, απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η αξιολόγηση των προϊόντων του έγινε δια πρακτικής δοκιμής και πέραν των εγγράφων της προσφοράς του και ότι μη νομίμως απεκλείσθη παρά την κατοχή των οικείων πιστοποιήσεων. Και τούτο διότι κατά τους σαφείς όρους της διακήρυξης που ενώ ανεπιφύλακτα είχε δεχθεί και το πρώτον τώρα αμφισβητεί, η αξιολόγηση των προσφορών θα λάμβανε χώρα ακριβώς και δια ελέγχου δειγμάτων και δη πέραν της αξιολόγησης εγγράφων (ΣΤΕ 245/2017, 948/2006, 794/2004, 720/2006). Εξάλλου (Απόφαση ΑΕΠΠ 374/2019), έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς όρους της διακηρύξεως με γενικό περιεχόμενο ποιοτικά προσδιορισμένο, όπως εν προκειμένω («μαλακό» έλασμα) ως εκ του περιεχομένου του, είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 245/2007 και πρβλ. 1209/2006). Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. και ποσού 723,19 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 1082/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από το δρομολόγιο Α16 της διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. και ποσού 723,19 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30-9-2020 και εκδόθηκε στις 8-10-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ