

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 26.08.2020 με ΓΑΚ 1188/27.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της

«..... ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ, όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 10.09.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 44912/18-08-2020 απόφαση του Διοικητή της Υγειονομικής Περιφέρειας (ΑΔΑ:) και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη, έτσι ώστε να κριθεί ότι η προσφορά της για το είδος με α/α 2 «ΠΟΔΟΝΑΡΙΑ ΠΑΝΤΟΣ ΤΥΠΟΥ» είναι νόμιμη και να αναδειχθεί αυτή προσωρινή μειοδότηρια.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €600,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και το από 24.08.2020 αποδεικτικό πληρωμής της ΤΡΑΠΕΖΑΣ), απορριπτομένου του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας περί ελλιπούς παραβόλου, διότι στην με αριθμό πρωτοκόλλου πρόσκληση ενδιαφέροντος η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιόρισε την αξία τόσο του αμφισβητούμενου τμήματος της σύμβασης που επρόκειτο να συναφθεί όσο και της σύμβασης εν συνόλω, επομένως η προσφεύγουσα όφειλε να καταθέσει το ελάχιστο νόμιμο παράβολο.

2. Επειδή, στις 24-07-2020 η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε την με αριθμό πρωτοκόλλου πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος με την διαδικασία της Απευθείας Ανάθεσης με έρευνα αγοράς και συλλογή γραπτών σφραγισμένων προσφορών για την επείγουσα προμήθεια «Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας» για την προστασία του προσωπικού των Δημόσιων Δομών της Υ.Πε. από τον κορωνοϊό, SARS-CoV-2, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος δεν ανέφερε συγκεκριμένο προϋπολογισμό, τόσο συνολικό όσο και ανά είδος.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν τόσο η προσφεύγουσα όσο και παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας προσφοράς για το είδος με α/α 2 «Ποδονάρια τύπου μπότας». Μετά το άνοιγμα των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων, η επιτροπή διαγωνισμού συνέταξε το υπ' αριθμ. πρωτ. 42767/04-08-2020 πρακτικό διενέργειας. Σύμφωνα με αυτό, διαπιστώθηκε η πληρότητα των δικαιολογητικών συμμετοχής και η συμμόρφωση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ενώ οι προσφορές των υπόλοιπων εταιρειών και της προσφεύγουσας απερρίφθησαν για τεχνικούς λόγους. Ειδικά ως προς την προσφεύγουσα, η επιτροπή διαγωνισμού διαπίστωσε ότι «το δείγμα δεν είναι στο ύψος του γονάτου» και ακολούθως με την υπ' αριθμ. πρωτ. 44912/18-08-2020 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής κατακυρώθηκε το είδος με α/α 2 «ΠΟΔΟΝΑΡΙΑ ΤΥΠΟΥ ΜΠΟΤΑΣ» στην παρεμβαίνουσα και η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από την συνέχεια του διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε με μήνυμα

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 18.08.2020 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 26.08.2020, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την 01.09.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 47984/ 07.09.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή 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 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 01.09.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 10.09.2020 με κατάθεση μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα με α/α 2.

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 αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται αρχικά κατά της κρίσιμης τεχνικής προδιαγραφής βάσει της οποίας απορρίφθηκε η προσφορά της, υποστηρίζοντας ότι αυτή είναι ασαφής και αναφέροντας επί λέξει ότι «Η Πρόσκληση (σελίδα 4) αναφέρει ότι «Η αποσφράγιση και αξιολόγηση των προσφορών θα γίνει σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α')». Στο Παράρτημα Α' της Πρόσκλησης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» περιλαμβάνεται σημείο Γ με τίτλο «Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές» (σελίδες 11 και 12). Ειδικά ως προς το επίμαχο είδος με α/α 2 «ΠΟΔΟΝΑΡΙΑ ΤΥΠΟΥ ΜΠΟΤΑΣ» προβλέπεται ότι αυτό θα πρέπει να καλύπτει τα εξής τεχνικά χαρακτηριστικά: «Πλαστικά μιας χρήσης από ανθεκτικό υλικό. Να είναι αδιάβροχα, ενώ περιμετρικά να έχουν λάστιχο (στο ύψος του γόνατου) ώστε να εφαρμόζουν σε όλα τα μεγέθη παπουτσιών. Κατάλληλα για όλες τις ειδικότητες γιατρών (χειρουργεία, εργαστήρια, κλινικές, ιατρεία)». Από την παράθεση των κρίσιμων τεχνικών χαρακτηριστικών προκύπτει ότι το είδος θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να φέρει λάστιχο, το οποίο θα βρίσκεται στο «ύψος του γόνατου». Από την παράθεση των κρίσιμων τεχνικών χαρακτηριστικών προκύπτει ότι το είδος θα πρέπει, μεταξύ άλλων, να φέρει λάστιχο, το οποίο θα βρίσκεται στο «ύψος του γόνατου». Ωστόσο, το «ύψος του γόνατου» δεν προσδιορίζεται με κανένα ορισμένο και διαφανή τρόπο, αφού η Πρόσκληση δεν παραπέμπει σε κάποιο συγκεκριμένο, απόλυτο αριθμητικό μέγεθος όσον αφορά στο μήκος που θα πρέπει να φέρουν τα ποδονάρια, έτσι ώστε να διασφαλίζεται ότι αυτά (τα ποδονάρια) εξίκνυνται μέχρι κάποιου ορισμένου σημείου του ανθρώπινου σώματος). Κατ' αυτόν τον τρόπο όμως η κρίσιμη πρόβλεψη της Πρόσκλησης είναι προδήλως ασαφής, αφού οι διαγωνιζόμενοι δεν μπορούν να γνωρίζουν με τη δέουσα ακρίβεια ποιο θα πρέπει να είναι το μήκος των ποδοναριών που θα προσφέρουν, έτσι ώστε να γίνουν αποδεκτά στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, και κατ' αυτόν τον τρόπο δεν έχουν τη δυνατότητα να προσαρμόσουν ανάλογα την προσφορά τους. Εξάλλου, η αόριστη αναφορά στο «ύψος του γόνατου» δημιουργεί αντικειμενικά τις συνθήκες για αδιαφανή και ανομοιόμορφη εφαρμογή του οικείου όρου της Πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, η κρίση της οποίας δεν μπορεί να ελεγχθεί αποτελεσματικά κατά το στάδιο ελέγχου από την ΑΕΠΠ ή τα διοικητικά δικαστήρια. Το απαράδεκτο της απόρριψης της προσφοράς διαγωνιζόμενου λόγω της πραγματικής αδυναμίας του να κατανοήσει με ακρίβεια και να συμμορφωθεί με

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

όρους της διακήρυξης λόγω της ασάφειάς τους γίνεται δεκτό νομολογιακά. Σύμφωνα λοιπόν με πάγια νομολογία, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν απορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διανωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣτΕ 82/2016, 423/2011, 424/2011, 425/2011, ΔΕφΠειρ ΑΝ 56/2019, ΑΕΠΠ 7μ 10/2020). [...]».

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο της προσφυγής: η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου Γ.2 της πρόσκλησης ενδιαφέροντος της αναθέτουσας αρχής, ο οποίος περιγράφει τις τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 2, υποστηρίζοντας ότι είναι ασαφής ως προς την περιγραφή του ύψους που θα πρέπει να έχουν τα προσφερόμενα ποδονάρια τύπου μπότας. Όμως, η προσφεύγουσα σε αυτό το στάδιο προβάλλει απαραδέκτως τον ως άνω ισχυρισμό της γιατί ουδέποτε προσέβαλλε τους όρους της πρόσκλησης κατά τη νόμιμη προθεσμία, όπως είχε το δικαίωμα και συμμετείχε με την κατάθεση της προσφοράς της στον διαγωνισμό ανεπιφύλακτα, αποδεχόμενη έτσι τους όρους αυτούς. Επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής της απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση το προσφερόμενο από αυτήν είδος καλύπτει την προαναφερθείσα τεχνική προδιαγραφή και αναφέρει επί λέξει ότι «Σε κάθε περίπτωση, άλως επικουρικά προς τα ανωτέρω, προβάλλουμε ότι το δείγμα που προσκομίσαμε πληροί απολύτως και αυτήν την κρίσιμη τεχνική προδιαγραφή, παρά τα όσα αβάσιμα υιοθετήθηκαν δια της προσβαλλόμενης. Προς απόδειξη αυτού αναφερόμαστε και προσκομίζουμε το από 25-08-2020 έγγραφο τεχνικής εξειδίκευσης της κατασκευάστριας εταιρείας «.....», από το οποίο προκύπτει σαφώς η κάλυψη της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής. Παραπέμπουμε ιδίως στην φωτογραφία του προϊόντος, από την οποία προκύπτει το ύψος του σε σχέση με το γόνατο, αλλά και στην ονομασία του προϊόντος, η οποία είναι σαφής ως προς αυτό το τεχνικό χαρακτηριστικό. Εξάλλου, σημειώνουμε ότι το είδος μας έχει ύψος 48 εκατοστά, δηλαδή φτάνει πράγματι μέχρι το γόνατο του μέσου ανθρώπου, όπως μπορεί να γίνει κατανοητό με βάση τα διδάγματα της λογικής και της κοινής πείρας. Τονίζουμε ακόμη ότι,

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

καίτοι δεν αποτελεί αποδεκτό μέτρο σύγκρισης, η διαφορά του ύψους του είδους μας με το αντίστοιχο της «.....» είναι όλως επουσιώδης, αφού ανέρχεται στα 2-3 εκατοστά περίπου. Ενόψει των ανωτέρω, είναι προφανές ότι η προσβαλλόμενη έσφαλε κρίνοντας ότι το δείγμα μας δεν φτάνει δήθεν στο ύψος του γονάτου. Για τον λόγο αυτό, ζητούμε στο πλαίσιο της παρούσας προδικαστικής προσφυγής την άμεση επανεξέταση του δείγματος που προσκομίσαμε, έτσι ώστε να διαπιστωθεί η αλήθεια των ισχυρισμών μας και να διορθωθεί το σφάλμα της προσβαλλόμενης.»

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον 2^ο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Ο όρος Γ.2. της με αριθμό πρωτοκόλλου πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ορίζει ότι «Ποδονάρια τύπου μπότας Πλαστικά μιας χρήσης από ανθεκτικό υλικό. Να είναι αδιάβροχα, ενώ περιμετρικά να έχουν λάστιχο (στο ύψος του γονάτου) ώστε να εφαρμόζουν σε όλα τα μεγέθη παπουτσιών. Κατάλληλα για όλες τις ειδικότητες γιατρών (χειρουργεία, εργαστήρια, κλινικές, ιατρεία).» Επίσης, ο όρος Δ ορίζει ότι «Δ. ΔΕΙΓΜΑΤΑ Για όλα τα ζητούμενα είδη ΜΑΠ να κατατεθούν δείγματα επί ποινή απόρριψης». Η προσβαλλόμενη απόφαση υιοθετεί την τεχνική κρίση της επιτροπής του διαγωνισμού, η οποία εξετάζοντας το δείγμα που προσέφερε η προσφεύγουσα για την ομάδα με α/α 2, διαπίστωσε ότι αυτό δεν είναι στο ύψος του γονάτου και ως εκ τούτου το απέρριψε. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το εν λόγω δείγμα δεν είχε το προαναφερθέν πρόβλημα ανάγεται όμως στην ανέλεγκτη ακυρωτικά τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 616/2012, ΑΕΠΠ 917/2019, 625/2020). Επομένως από την στιγμή που η προσφεύγουσα αμφισβητεί την ανέλεγκτη ακυρωτικά τεχνική κρίση της διοίκησης, ο υπό κρίση δεύτερος λόγος είναι απορριπτέος επίσης ως απαράδεκτος (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 77/2011, 419/2010, 107/2010). Επιπλέον ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να την καλέσει προς αντικατάσταση των ελλατωματικών δειγμάτων, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος διότι το άρθρο 310 του Ν.4412/2016 προβλέπει αντικατάσταση δικαιολογητικών ή τεχνικών ή οικονομικών προσφορών και όχι δειγμάτων.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής απορρίπτονται ως απαράδεκτοι.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει

Αριθμός απόφασης: 1277/2020

να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

14. 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 παραβόλου ποσού €600,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 9 Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ