

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 25 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 4-1-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 33/5-1-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 28-12-2020 σε αυτόν υπ' αριθ. 23/21.12.2020 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου (υπ' αριθ. 23/2020 Τακτική Συνεδρίαση Δ.Σ. – Θέμα 13ο), καθ' ο μέρος στο είδος 3 ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΑΣ ΜΕΘ επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας, έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας αθροιστικά 801.000 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση την 7-9-2020 στην ΕΕΕΕ και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 10-9-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

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 600,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αρμοδίως φερόμενη, λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διαδικασίας, ενώπιον της ΑΕΠΠ, προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως την 4-1-2021, κατόπιν της από 28-12-2020 κοινοποίησης της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, εκ του βάλλοντος κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος παρά την επικαλούμενη ταυτότητα ελλείψεων με τον δικό του αποκλεισμό, στο τμήμα 3, προσφεύγοντος, περαιτέρω, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος από 15-1-2021, ασκείται η παρέμβαση, κατόπιν της από 7-1-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, η δε αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής με τις από 15-1-2021 Απόψεις της, ο δε προσφεύγων υποβάλλει το από 18-1-2021 και το από 21-1-2021 υπόμνημά του και ο παρεμβαίνων το από 25-1-2021 υπόμνημά του. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση είναι εξεταστέες κατ' ουσία, το δε ζήτημα τήρησης της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης θα κριθεί περαιτέρω, ανά ισχυρισμό και στο πλαίσιο της κατ' ουσίας εξέτασης εκάστου εξ αυτών.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το ως άνω είδος 3 με την ακόλουθη αιτιολογία «Η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» αποκλείεται από το διαγωνισμό για το είδος ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ ΜΕΘ διότι δεν πληρούται η τεχνική προδιαγραφή 15, όπου ζητείται η δυνατότητα αυτόματου χειρισμού για τον καθορισμό των High και low inflection points. Ο αναπνευστήρας που προσφέρει η εταιρεία παρέχει τη δυνατότητα αυτή μόνο χειροκίνητα. Σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.2 «Τεχνική Προσφορά» της Διακήρυξης, “Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές / Πίνακες Συμμόρφωσης” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται”. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή εισηγείται τη μη αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της για το συγκεκριμένο είδος.», ήτοι απεκλείσθη λόγω παράβασης της προδιαγραφής 15 και άρα, δεδομένου ότι ο ίδιος αφενός επικαλείται για τη στήριξη του εννόμου συμφέροντος του ως προς την προσβολή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης, αφετέρου δεν βάλλει κατά του δικού του αποκλεισμού, τον οποίο ούτως αποδέχεται και συνομολογεί, καθιστάμενος οριστικώς αποκλεισθείς, δεν έχει το επιφυλασσόμενο μόνο υπέρ του μη οριστικώς

αποκλεισθέντος, έννομο συμφέρον προσβολής της αποδοχής συνδιαγωνιζομένων, επί τω τέλει ματαίωσης του διαγωνισμού, αλλά δύναται να βάλλει κατά άλλων προσφορών αποκλειστικά επί τη βάσει της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, που απαιτεί ταυτότητα λόγου αποκλεισμού με τον επικαλούμενο κατά της καθ' ης προσφοράς, λόγο, τούτο δε, τόσο ως προς το αντικείμενο της έλλειψης, ήτοι τον κανόνα, απαίτηση και προδιαγραφή που τυγχάνει επίκλησης ως παραβιασθείσα, όσο και ως προς τη φύση του τρόπου δια της οποίας τυγχάνει επίκλησης ότι επήλθε η παράβαση, ήτοι τον συγκεκριμένα επικαλούμενο τρόπο δια του οποίου ο προσφεύγων αιτάται την εκ της καθ' ης παράβαση της συγκεκριμένης, απαίτησης και προδιαγραφής, αφού ζητούμενο του ενιαίου μέτρου κρίσης είναι αν τα ίδια δεδομένα και στοιχεία, ερμηνεύθηκαν και υπήχθησαν στον ίδιο κανόνα της διακήρυξης, με αντίθετο τρόπο, ώστε η μία προσφορά να αποκλεισθεί, ενώ η άλλη, χαρακτηριζόμενη ακριβώς από την ίδια έλλειψη να γίνει δεκτή. Επομένως, αβασίμως ο προσφεύγων επικαλείται το ενιαίο μέτρο κρίσης, επικαλούμενος παράβαση εκ του παρεμβαίνοντος των προδιαγραφών 9 και 11, οι δε σχετικοί ισχυρισμοί του προβάλλονται απαραδέκτως, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος και περαιτέρω, εξεταστέος τυγχάνει μόνο ο περί παράβασης της προδιαγραφής 15, ισχυρισμός του. Περαιτέρω, όσον αφορά την προδιαγραφή 15, που ορίζει ότι «Ο αναπνευστήρας να διαθέτει την δυνατότητα για την εκτέλεση αυτόματου χειρισμού για τον προσδιορισμό του High/Low inflection points, καθώς και της επαναστρατολόγησης των κλειστών κυψελίδων του πνεύμονα (Lung Recruitment)»», ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι το εξ αυτού προσφερόμενο αγαθό δεν παρέχει δυνατότητα αυτόματου, αλλά μόνο χειροκίνητου χειρισμού για τον καθορισμό high και low infection points, το αυτό δε προβάλλει ο προσφεύγων και για την προσφορά του παρεμβαίνοντος και άρα, μετ' εννόμου συμφέροντος και παραδεκτώς, προβάλλεται ο σχετικός ισχυρισμός της προσφυγής, όσον αφορά πάντως, το ζήτημα του αυτόματου χειρισμού για τον προσδιορισμό High/Low inflection points και όχι για τον αυτόματο χειρισμό της επαναστρατολόγησης κλειστών κυψελίδων, που δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού του προσφεύγοντα. Όσον αφορά την ουσία του ισχυρισμού αυτού, προκύπτει ότι ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης, ορίζει ότι «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές / Πίνακες Συμμόρφωσης του Παραρτήματος II

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», ενώ ο ΕΙΔΙΚΟΣ ΟΡΟΣ 4 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι αυτής, ορίζει «4. Να κατατεθεί φύλλο συμμόρφωσης στο οποίο θα απαντάται με σαφήνεια η συμφωνία ή όχι στις τεχνικές προδιαγραφές, παραπέμποντας, για την τεκμηρίωση, στα συνημμένα στην προσφορά prospectus, ή άλλα φυλλάδια του οίκου, με την ίδια αρίθμηση των τεχνικών προδιαγραφών. Τυχόν παραπομπές σε βεβαιώσεις του κατασκευαστή, γίνονται αποδεκτές μόνο για ό,τι δεν αναγράφεται στα τεχνικά φυλλάδια του οίκου.». Συνεπώς, δεν αρκεί απλώς να πληρούνται οι προδιαγραφές, αλλά να αποδεικνύεται τούτο εκ της ρητής παραπομπής στην οικεία στήλη παραπομπών του φύλλου συμμόρφωσης, επί της συγκεκριμένης προδιαγραφής. Ο δε παρεμβαίνων για την προδιαγραφή 15 παραπέμπει ως προς την πλήρωση της, δια του φύλλου συμμόρφωσης της προσφοράς του, αλλά και δια της παρέμβασης του, στο φυλλάδιο της προσφοράς του «Οδηγίες χρήσης ..., σελίδα 335, 336». Στο ως άνω φυλλάδιο, στο παραπεμπόμενο με ειδική περί της προδιαγραφής 15, σημείωση επ' αυτού, σημ. 17.3.2 αναφέρεται ότι «Ο χειρισμός μέτρησης Βρόγχος PV χαμηλής ροής καταγράφει μια στατική κυματομορφή πίεσης-όγκου, η οποία μπορεί να χρησιμοποιηθεί για την αξιολόγηση των μηχανικών ιδιοτήτων των πνευμόνων.... Υπάρχουν διάφορες προσεγγίσεις για τη βελτιστοποίηση των ρυθμίσεων αερισμού βάσει μετρήσεων της λειτουργίας των πνευμόνων. Όλες οι προσεγγίσεις έχουν στόχο την αποφυγή του περιοδικού κλεισίματος και εκ νέου ανοίγματος των κυψελίδων και μια πιθανή υπερδιάταση των πνευμόνων. Συνίσταται να ρυθμίζεται η PEEP βάσει του κατώτατου σημείου καμπής (lower inflection point, LIP) και να περιορίζεται ο αναπνεόμενος όγκος VT ή η πίεση του επιπέδου σταθεροποίησης P_{plat} βάσει του ανώτατου σημείου καμπής (upper inflection point) [14 έως 17]. Άλλες έρευνες συνιστούν να λαμβάνεται υπόψη το εκπνευστικό σκέλος του βρόγχου PV κατά τον καθορισμό της θετικής τελο-εκπνευστικής πίεσης (PEEP) που απαιτείται για τη διατήρηση μιας κυψελιδικής επιστράτευσης. Τα χαρακτηριστικά σημεία του εκπνευστικού σκέλους περιγράφονται σε αυτό το πλαίσιο ως το σημείο μέγιστης καμπυλότητας (point of maximum curvature, PMC) [6, 9, 11, 14, 18 έως 24]. Η συσκευή υπολογίζει τη στατική ενδοτικότητα C_{stat} με

βάση τον όγκο που εφαρμόζεται για την εισπνοή κατά τον χειρισμό και την προκύπτουσα διαφορά πίεσης. Η κυψελιδική πίεση υπολογίζεται από την πίεση αεραγωγού με χρήση του ακόλουθου μαθηματικού τύπου... Η συσκευή υπολογίζει τον δείκτη υπερδιάτασης C20/Cstat. ... Τα δεδομένα που καταγράφονται αναλύονται βάσει της μεθόδου... Μετά τον επιτυχημένο υπολογισμό, στον βρόγχο σημειώνονται τα τρία παρακάτω χαρακτηριστικά σημεία: το κατώτερο σημείο καμπής στο εισπνευστικό τμήμα του βρόχου, το ανώτερο σημείο καμπής στο εισπνευστικό τμήμα του βρόχου, το ανώτερο σημείο καμπής του εκπνευστικού τμήματος του βρόχου ή το σημείο μέγιστης καμπυλότητας στο εκπνευστικό τμήμα του βρόχου. Για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του χειρισμού... μπορούν να μετακινηθούν δύο δρομείς. Προβάλλονται οι τιμές για την πίεση και τον όγκο που σημειώνονται με τον δρομέα. Η στατική ενδοτικότητα μεταξύ 2 τιμών υπολογίζεται και προβάλλεται. Αν στο βρόχο αναγνωρίζονται χαρακτηριστικά σημεία, οι δύο δρομείς τοποθετούνται αρχικά στα σημεία αυτά ώστε να μπορούν να αναγνωστούν οι αντίστοιχες τιμές. Οι τελευταίοι δέκα βρόχοι μπορούν να αποθηκευθούν στην οθόνη για αναφορά... Η βελτιστοποίηση των ρυθμίσεων PEEP και VT ή P_{insp} μπορεί να πραγματοποιηθεί απευθείας στο παράθυρο Διαδικασίες>Βρόγχος PV χαμηλής ροής> Ανάλυση. Κατά τη ρύθμιση, μια οριζόντια ή κάθετη γραμμή υποδεικνύει τη θέση στον βρόγχο PV... κατά την πραγματοποίηση των ρυθμίσεων πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η κατάσταση του ασθενή.» Ουδόλως δε τα ανωτέρω μεταβάλλονται από το γεγονός ότι η προδιαγραφή 15, που ρητά στο φύλλο συμμόρφωσης παραπέμπεται στις ως άνω σελ. 335-336 και ρητά σημειώνεται στο εναρκτήριο σημείο της παρ. 17.3.2, σημειώνεται με 2 άγκιστρα, το ένα στην αρχή του σημείου 17.3.2 στη σελ. 335 και το άλλο στην έναρξη της σελ. 336, όπου το σημ. 17.3.2 συνεχίζει, αφού αφενός είναι προφανές ότι η διπλή αυτή σημείωση τέθηκε για να καταστήσει εμφανές ότι η προδιαγραφή τεκμηριώνεται από το σημ. 17.3.2 όπως εκκινεί στη σελ. 335 και όπως συνεχίζει στη σελ. 336, αντί να τεθεί ένα συνεχές δισέλιδο άγκιστρο, αφετέρου ούτως ή άλλως, τα οικεία άγκιστρα σημειώνονται σε σημεία που αναφέρονται στη στατική κυματομορφή πίεσης-όγκου που κατά τα ανωτέρω συνιστά τη βάση μέτρησης για τις περαιτέρω διαδικασίες εξαγωγής σημείων καμπής, ως και στη ρύθμιση βάσει κατώτατου και ανώτατου σημείου καμπής για τις πιέσεις PEEP και P_{plat} αντίστοιχα, τελώντας σε οργανική σχέση με τον συνεχιζόμενο επί τις 2 σελ. του σημ. 17.3.2 περιγραφόμενο

προγραμματισμό που καταλήγει στην εξαγωγή των σημείων καμπής. Τούτο ενώ ζητήθηκε, και τούτο προς διευκόλυνση της αξιολόγησης η σημείωση στα φυλλάδια των σχετικώς αποδεικνυόμενων προδιαγραφών και όχι και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, η ακριβής σημείωση στο συγκεκριμένο τμήμα πρότασης ή παραγράφου που αφορά ειδικώς το τυχόν συμπέρασμα της κατά τα φυλλάδια περιγραφής που άγει στο έτερο συμπέρασμα πλήρωσης της προδιαγραφής, υπό την έννοια μάλιστα ότι οι αμέσως επόμενες γραμμές της ήδη παραπεμφθείσας δια του φύλλου συμμόρφωσης και ήδη σημειωθείσας στην έναρξη της σελίδας ή σημείου, δεν θα ληφθούν υπόψη, ενώ τελούν σε ενιαίο συνεχόμενο μεταξύ τους κείμενο, με αποτέλεσμα να αρκεί η σχετική σημείωση επί της σελίδας ή της παραγράφου του τεχνικού φυλλαδίου και τούτο, όπως αναφέρθηκε, προς διευκόλυνση της αξιολόγησης και μόνο. Άλλωστε, ο προσφεύγων δεν απεκλείσθη επειδή τυχόν κατέχει την προδιαγραφή 15, αλλά δεν την απέδειξε δια της ακριβούς σημείωσης στην οικεία σελίδα του τεχνικού φυλλαδίου του, παρά δια αμέσως επόμενης φράσης στο κείμενο του φυλλαδίου στην ακριβή σελίδα του οποίου είχε ήδη παραπέμψει, αλλά διότι δεν καλύπτει την προδιαγραφή και τούτο ουδόλως το αντικρούει. Επιπλέον, ο προσφεύγων δεν έθεσε δια της προσφυγής του ζήτημα απλώς τήρησης του τύπου εκ του παρεμβαίνοντος, της σημείωσης επί του φυλλαδίου, του ακριβούς μέρους της ήδη παραπεμφθείσας σελίδας, αλλά προβάλλει τούτο το πρώτον δια υπομνήματος, δια του οποίου δεν είναι δυνατή η το πρώτον προβολή νέου ισχυρισμού, ενώ στην προσφυγή του αναφέρθηκε σε μη κάλυψη εκ του παρεμβαίνοντος της προδιαγραφής και όχι σε μη τήρηση του ακριβούς αποδεικτικού τύπου σημείωσης του ειδικού μέρους της σελίδας στην οποία ήδη το φύλλο συμμόρφωσης του παραπέμπει, που περιέχει το συμπέρασμα πλήρωσης της προδιαγραφής. Επομένως, εν προκειμένω, κατά το ως άνω φυλλάδιο και παραπομπές, το προσφερόμενο εκ του παρεμβαίνοντος αγαθό διαθέτει προγραμματισμένη εξαρχής και βάσει συγκεκριμένης τεχνικής μεθοδολογίας, δυνατότητα, που συγχρόνως επιτρέπει και εκ των προτέρων προγραμματιστικές παρεμβάσεις και παραμετροποιήσεις που δύναται να εκτελεί ο χρήστης επί της βάσει της καταρχήν επιλεγείσας μεθοδολογίας, προγραμματισμένης, λειτουργίας του, να προβαίνει το ίδιο και αυτομάτως σε υπολογισμό κατώτερου και ανώτερου σημείου καμπής βρόχου, χωρίς σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος να προκύπτει εξ ουδενός σημείου η

ανάγκη χειροκίνητου χειρισμού, με τον οποίο δεν εξομοιώνεται η δυνατότητα προφανώς παρέμβασης στον προγραμματισμό εκτέλεσης της αυτοματοποιημένης διαδικασίας, η οποία άλλωστε κατά τα ανωτέρω προκύπτει ως ευχέρεια και όχι ως ανάγκη, για την εκτέλεση του χειρισμού. Αντίθετα, ενώ η ως άνω διαδικασία καταγράφεται με τρόπο που παραπέμπει ότι το μηχάνημα είναι αυτό που εκτελεί όλες τις αναλυτικά αναφερόμενες διαδικασίες και υπολογισμούς αυτομάτως, για τη σημείωση των οικείων αποτελεσμάτων, που μάλιστα τυγχάνουν παρακολούθησης από τον χρήστη με τη μετακίνηση δρομέων που απεικονίζουν αποτελέσματα, ο προσφεύγων είναι αυτός που ερμηνεύει όλα τα ανωτέρω, ως να έχουν τον χρήστη ως υποκείμενο και δη, αναγκαίο κάθε ανωτέρω ενέργειας και αυτό ενώ κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ο ίδιος φέρει το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης των ισχυρισμών του. Συνεπώς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος δεν προκύπτει εκ του παρεμβαίνοντος παράβαση της προδιαγραφής 15.

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

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25-1-2021 και εκδόθηκε στις 12-2-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ