

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 19-7-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27-6-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 909/28-6-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 17-6-2022 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. πρωτ. 58647/7-6-2022 Απόφασης της αναθέτουσας, κατά το σκέλος που απέκλεισε την τεχνική προσφορά του προσφεύγοντα και κατά το σκέλος που έκρινε ότι πρέπει να κηρυχθεί η ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού, ελλείψει αποδεκτών προσφορών, στο πλαίσιο της διαδικασίας για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο 3 ετών για την προμήθεια 101.843 ζευγών υποδημάτων πόλης για την κάλυψη αναγκών φορέων του δημοσίου, συνολικής εκτιμώμενης αξίας άνευ ΦΠΑ 5.427.405,00 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 18-2-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 25-2-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 12-7-2022 Απόψεις της.

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' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού ευρώ 15.000.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων και ματαιώθηκε η διαδικασία συνεπεία του αποκλεισμού του. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ-ΚΕΦ. Ε1 της διακήρυξης, περί ελέγχου δείγματος συμμετοχής κατά την αξιολόγηση προσφορών, ορίζει τα εξής «Οι οικονομικοί φορείς μαζί με τις προσφορές τους, θα καταθέτουν συνολικά δύο (2) δείγματα, δηλαδή δύο (2) ζεύγη υποδημάτων... Τα δείγματα θα ελέγχονται μακροσκοπικά από την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρούσα προδιαγραφή και το επίσημο δείγμα της υπηρεσίας. Κατά τον μακροσκοπικό έλεγχο η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού θα καταγράφει σαν εκτροπή τις οποιεσδήποτε διαφορές παρουσιάζουν τα δείγματα σε σχέση με τα καθοριζόμενα στην τεχνική προδιαγραφή, το επίσημο δείγμα της υπηρεσίας, αλλά και τους κανόνες της τέχνης. Τα δείγματα θα ελέγχονται μακροσκοπικά από την επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού ως προς την ποιότητα της εργασίας κατασκευής και τη συμφωνία της κατασκευής με τους όρους της τεχνικής προδιαγραφής, καθώς και με το επίσημο δείγμα της υπηρεσίας. Κατά τον μακροσκοπικό έλεγχο η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού θα καταγράφει ως εκτροπή τα κατασκευαστικά ελαττώματα που παρουσιάζουν τα δείγματα σε σχέση με τα καθοριζόμενα στην τεχνική προδιαγραφή, το επίσημο δείγμα της υπηρεσίας, αλλά και τους κανόνες της τέχνης. Ως κατασκευαστικά ελαττώματα ενδεικτικά αναφέρονται τυχόν κακοτεχνίες κατά το μοντάρισμα του υποδήματος, η εμφάνιση των ραφών, η έλλειψη ανατομικών στοιχείων στον ανατομικό πάτο, η έλλειψη αντιολισθητικών ραβδώσεων στη σόλα, η επαφή της σόλας με το έδαφος, η τοποθέτηση της φόδρας. Στη συνέχεια από τα δείγματα των οικονομικών φορέων που κρίθηκαν κατάλληλα κατά τον μακροσκοπικό έλεγχο, θα επιλέγονται τυχαία το ένα ζεύγος και θα αποστέλλεται για εργαστηριακές εξετάσεις, ενώ το άλλο θα

τηρείται από την επιτροπή, μέχρι την κατακύρωση του διαγωνισμού. Στα επιλεγμένα ζεύγη θα πραγματοποιούνται οι εργαστηριακοί έλεγχοι 1 και 2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β και ο διαστασιολογικός έλεγχος με τη χρήση του πρότυπου καλαποδιού μέτρησης χωρητικότητας, όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Θ. Δείγματα οικονομικών φορέων με εκτροπές κατά τον μακροσκοπικό ή τον εργαστηριακό έλεγχο θα απορρίπτονται...». Η προσβαλλομένη απέκλεισε τον προσφεύγοντα, λόγω απόρριψης των δειγμάτων του κατά τον εργαστηριακό ως άνω έλεγχο και κατόπιν επιτυχούς περάτωσης του καταρχήν μακροσκοπικού ελέγχου (βλ. Πρακτικό 4 Επιτροπής Διαγωνισμού), επικυρώνοντας την κρίση του Πρακτικού 5 Επιτροπής Διαγωνισμού, ως εξής «Η Επιτροπή αξιολόγησε τα αποτελέσματα του εργαστηριακού ελέγχου σε συνδυασμό με τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης και διαπίστωσε ότι στα προαναφερόμενα δείγματα πραγματοποιήθηκαν όλοι οι προβλεπόμενοι εργαστηριακοί έλεγχοι και οι εκτροπές που καταγράφονται ανά δείγμα έχουν ως εξής: ΑΝΔΡΙΚΑ ΥΠΟΔΗΜΑΤΑ ΕΙΔΟΣ & ΧΡΩΜΑ ΕΚΤΡΟΠΗ ΤΥΠΟΣ Ι - ΜΑΥΡΟ Αριθ. Σφραγίδας: ... – Αποκόλληση εξωτερικής σόλας-φιάπας – Διαστασιολογικός έλεγχος με χρήση καλαποδιού ΤΥΠΟΣ Ι - ΛΕΥΚΟ Αριθ. Σφραγίδας: ... Διαστασιολογικός έλεγχος με χρήση καλαποδιού ΤΥΠΟΣ ΙΙ – ΛΟΥΣΤΡΙΝΙ Αριθ. Σφραγίδας: ... – Αποκόλληση εξωτερικής σόλας-φιάπας – Διαστασιολογικός έλεγχος με χρήση καλαποδιού 3 ΓΥΝΑΙΚΕΙΑ ΥΠΟΔΗΜΑΤΑ ΕΙΔΟΣ & ΧΡΩΜΑ ΕΚΤΡΟΠΗ ΤΥΠΟΣ Ι - ΜΑΥΡΟ Αριθ. Σφραγίδας: ... – Αποκόλληση πέλματος ΤΥΠΟΣ Ι - ΛΕΥΚΟ Αριθ. Σφραγίδας: ... – Αποκόλληση πέλματος ΤΥΠΟΣ ΙΙ – ΛΟΥΣΤΡΙΝΙ Αριθ. Σφραγίδας: ... – Αποκόλληση πέλματος Από τα παραπάνω αποτελέσματα η Επιτροπή διαπίστωσε ότι όλα τα δείγματα συμμετοχής του οικονομικού φορέα παρουσιάζουν αποκλίσεις από τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης και επομένως κρίνονται μη αποδεκτά. Με βάση τα παραπάνω, η Επιτροπή εισηγείται: Α) Την απόρριψη όλων των δειγμάτων συμμετοχής και κατά συνέπεια της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» για τα όλα τα Τμήματα της Διακήρυξης. Β) Τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης σύμβασης προμήθειας υποδημάτων με δείγμα για τις ανάγκες του Δημοσίου

καθώς όλα τα Τμήματα της Διακήρυξης ... καθίστανται άγωνα, λόγω απόρριψης όλων των προσφορών» και περαιτέρω, η προσβαλλόμενη, συνεπεία του αποκλεισμού του προσφεύγοντα, εν τέλει αποφάσισε και τη ματαίωση της διαδικασίας, λόγω έλλειψης αποδεκτών προσφορών. Σημειωτέον δε, ότι οι εργαστηριακοί έλεγχοι διενεργήθηκαν από το ..., όπως αναφέρει και το Πρακτικό 5 ανωτέρω, ως και τα σημ. 9-10 της προσβαλλομένης. Επιπλέον, κατά τον όρο 1.3.4 της διακήρυξης, η υπό ανάθεση σύμβαση πλαίσιο χωρίζεται σε 9 δεκτικά αυτοτελούς κατακύρωσης και προσφοράς, τμήματα, εκ των οποίων ο προσφεύγων μετείχε και προσέφερε κατά τα ανωτέρω δείγμα και για τα 9, ενώ τα τμήματα 1, 3, 5, 7 και 9 αφορούσαν γυναικεία υποδήματα και τα τμήματα 2, 4, 6 και 8 αφορούσαν ανδρικά υποδήματα. Η αιτιολογία απόρριψης στα τμήματα που αφορούν ανδρικά υποδήματα αφορούν για τον τύπο I ΜΑΥΡΟ και τον τύπο II ΛΟΥΣΤΡΙΝΙ αφενός αποκόλληση εξωτερικής σόλας-φιάπας, αφετέρου αποτυχία στον διαστασιολογικό έλεγχο με χρήση καλαποδιού, στον δε τύπο I ΛΕΥΚΟ, μόνο αποτυχία στον διαστασιολογικό έλεγχο με χρήση καλαποδιού, ενώ η αιτιολογία απόρριψης στα γυναικεία υποδήματα αναφέρεται σε αποκόλληση πέλματος και για τα τρία δείγματα, ΤΥΠΟΣ I ΜΑΥΡΟ, ΤΥΠΟΣ I ΛΕΥΚΟ και ΤΥΠΟΣ II ΛΟΥΣΤΡΙΝΙ. Όσον αφορά τα γυναικεία υποδήματα, το σχετικό ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III-B της διακήρυξης ΕΝΙΑΙΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΓΙΑ ΥΠΟΔΗΜΑΤΑ ΓΥΝΑΙΚΩΝ (ΓΟΒΕΣ) ΤΥΠΟΥ I (ΔΕΡΜΑΤΙΝΑ ΜΑΤ ΜΑΥΡΑ ΚΑΙ ΛΕΥΚΑ) ΚΑΙ ΤΥΠΟΥ II (ΔΕΡΜΑΤΙΝΑ ΛΟΥΣΤΡΙΝΙ ΜΑΥΡΑ), η δε σελ. 150 διακήρυξης, αναφέρει πως το κάλυμμα συγκολλείται με τον πάτο ώστε να ικανοποιεί τις απαιτήσεις του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β που ορίζει για την αποκόλληση πέλματος/ΠΙΝΑΚΑΣ 1 απαίτηση και όρια ανοχής «min 400 Nt», δηλαδή η απαιτούμενη δύναμη που θα πρέπει να ασκηθεί για την αποκόλληση του πέλματος θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 400 newtons ή μεγαλύτερη και η μέθοδος μέτρησης προς διάγνωση πλήρωσης της ανωτέρω προδιαγραφής θα είναι η ISO 20344. Επομένως, η προδιαγραφή εκ της διακήρυξης διατυπώθηκε με βάση τη συνολική δύναμη που πρέπει να ασκηθεί για την αποκόλληση και όχι με βάση κάποια ανά μονάδα επιφανείας απαιτούμενη δύναμη. Προδήλως δε, αφού η ως

άνω διατύπωση της προδιαγραφής ορίστηκε ομού μετά της ως άνω μεθόδου μέτρησης στον ίδιο όρο, προκύπτει ότι το αντικείμενο εφαρμογής της μέτρησης και της μεθόδου θα είναι η εξέταση διάγνωσης της παραπάνω προδιαγραφής, ήτοι περί συνολικής δύναμης, αφού σκοπός της κατά τη διακήρυξη μεθόδου είναι η εξέταση πλήρωσης της προδιαγραφής με την οποία συναρτήθηκε και δεν είναι δυνατόν η εφαρμογή του ελέγχου να καταλήγει σε άλλου είδους και διατύπωσης αντικείμενο και αποτέλεσμα, από αυτό της ελάχιστης κατά το μέγεθος της συνολικής δύναμης, ορισθείσας απαίτησης. Εκ τούτου δε και τα δελτία χημικών εξετάσεων ..., όσον αφορά τα γυναικεία υποδήματα, αναφέρουν στο σημ. γ' ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΩΝ ότι «Μετρήθηκε η μέγιστη δύναμη αποκόλλησης της σολάς από το φοντύ σε δύναμη σε N ανά χιλιοστό για την αποκόλληση που προβλέπει η ISO 20344, διότι έτσι δόθηκε στα προβλεπόμενα μέτρησης από την προδιαγραφή των υποδημάτων.», με αποτέλεσμα προφανώς και να μην προκύπτει απόκλιση από τη διακήρυξη, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, που ερείδονται ακριβώς επί της ως άνω σημείωσης, η οποία σκοπεύει απλώς να εξηγήσει όχι ότι δεν ακολούθησε τις απαιτήσεις ελέγχων της διακήρυξης, αλλά ακριβώς ότι διενέργησε τον έλεγχο της μεθόδου ISO 20344, πλην τροποποιημένο ακριβώς ως προς τη μορφή διατύπωσης της μέτρησης, που μετρήθηκε επί συνολικής δυνάμεως και όχι επί δυνάμεως επί επιφανείας, προς προσανατολισμό του ελέγχου στη διακρίβωση της πλήρωσης τιμής συνολικής δύναμης αποκόλλησης, με βάση εξάλλου, την οποία ορίστηκε και η ελάχιστη απαίτηση 400 Nt. Άλλωστε, η έννοια και σκοπός του εργαστηριακού ελέγχου με την εκ της διακήρυξης απαιτούμενη μέθοδο, είναι ακριβώς η διακρίβωση πλήρωσης της ελάχιστης προδιαγραφής, όπως τέθηκε εκ της διακήρυξης. Επομένως, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί σφάλματος στον εργαστηριακό έλεγχο των γυναικείων υποδημάτων προβάλλονται αβασίμως. Περαιτέρω, όσον αφορά τον περί των ανδρικών υποδημάτων, ισχυρισμό, σχετικά με ότι κατά τους οικείους εργαστηριακούς ελέγχους, αναφέρεται ως παρατήρηση γ', πως χρησιμοποιήθηκε δοκίμιο μεγαλύτερου πλάτους, προκύπτει πως αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός, δεδομένου ότι όσον αφορά τα ανδρικά υποδήματα, ο προσφεύγων ούτως ή άλλως απορρίφθηκε και

στα 3 επιμέρους δείγματα διαφορετικών τύπων υποδημάτων και μάλιστα, στον τύπο I μαύρο και τον τύπο II λουστρίνι, όχι μόνο ως προς τη μη εφαρμογή κατά τον διαστασιολογικό έλεγχο, αλλά και λόγω διακριτής εκτροπής, ήτοι αποκόλλησης εξωτερικής σόλας-φιάπας, εκτροπή, που εξ αντικειμένου δεν συναρτάται με το δοκίμιο, αφού αφορά αποτέλεσμα ελέγχου άσκησης δύναμης επί του δείγματος του προσφέροντος, κατά ΕΛΟΝ EN ISO 20344, που απαιτείται για αυτή την αποκόλληση, βλ. και δελτία χημικών εξετάσεων Τούτο ακόμη και αν δεν ληφθεί υπόψη ο ισχυρισμός της αναθέτουσας περί εκ του ... δήλωσης ότι εκ παραδρομής και χωρίς να συνέχεται με τον παρόντα έλεγχο, αναγράφηκε η ως άνω παρατήρηση γ' περί πλάτους δοκιμίου. Περαιτέρω όμως, ακόμη και όσον αφορά τον διαστασιολογικό έλεγχο, αφενός ουδόλως προκύπτει ότι η διαγνωσθείσα εκ των ελέγχων και για τα 3 δείγματα, μη επιτυχής εφαρμογή αφορά ειδικώς και δη, μόνο την παράμετρο του πλάτους, αφετέρου ούτως ή άλλως, το δοκίμιο με το οποίο αντιπαραβλήθηκαν τα δείγματα, δεν είχε μικρότερο, αλλά μεγαλύτερο πλάτος, ήτοι επέτρεπε ευμενέστερα την επίτευξη της εφαρμογής, παρόλα αυτά όμως και πάλι τα δείγματα του προσφεύγοντος απέτυχαν και ούτως, αλυσιτελώς προβάλλει άλλωστε τα ανωτέρω, αφού η χρήση δοκιμίου μικρότερου πλάτους από το χρησιμοποιηθέν, δεν θα αναιρούσε, αλλά θα επέτεινε τη μη εφαρμογή και πάντως, δεν θα αναιρούσε την εκτροπή στον διαστασιολογικό έλεγχο. Άρα και οι ανωτέρω συναφείς αιτιάσεις είναι απορριπτέες. Εξάλλου, ναι μεν, όπως προβάλλει ο προσφεύγων, η ΕΑΔΗΣΥ δύναται να ακυρώσει κρίση της αναθέτουσας ερειδομένης σε εργαστηριακό ή μακροσκοπικό έλεγχο και τυχόν να αναπέμψει προς επανάληψη του ελέγχου, πλην όμως, τούτο σαφώς προϋποθέτει αποδεδειγμένο σφάλμα του ελέγχου και απόκλιση του τελευταίου από τα κατά τη διακήρυξη ορισθέντα, συνθήκες ουδόλως προκύπτουσες και πάντως, ουδόλως αποδεικνυόμενες εν προκειμένω. Ακόμη, το άρ. 208 ΠΑΡΑΛΑΒΗ ΥΛΙΚΩΝ παρ. 8 Ν. 4412/2016 (ομοίως και το άρ. 214 παρ. 13 Ν. 4412/2016 που αναφέρεται στα εργαστήρια όπου λαμβάνουν χώρα οι έλεγχοι και οι κατ' έφεση επανέλεγχοι, όταν προβλέπονται από τη σύμβαση, δηλαδή κατά την εκτέλεση και όχι κατά τη διακήρυξη, δηλαδή κατά την ανάθεση,

έλεγχου) που αναφέρεται σε δικαίωμα του προμηθευτή να ζητήσει κατ' έφεση εξέταση των αντιδειγμάτων, αν διαφωνεί με το αποτέλεσμα των εργαστηριακών εξετάσεων, αφορά ελέγχους που λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο παραλαβής αγαθών, ήτοι στο πλαίσιο της εκτέλεσης, ουδόλως δε ιδρύεται κατά τη διαδικασία ανάθεσης, δικαίωμα του προσφέροντος να ζητήσει επανέλεγχο δειγμάτων ή του αντιδείγματος, απλώς και μόνο διότι δηλώνει ή υποστηρίζει διαφωνία του με το αποτέλεσμα του ήδη ελέγχου, αλλά σε τέτοια περίπτωση, φέρει το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης συγκεκριμένης πλημμέλειας που έλαβε χώρα στον ήδη έλεγχο και δη, τέτοιας, ώστε να επηρεάσει το αποτέλεσμα αυτού, κατά τρόπο που οδήγησε σε εσφαλμένα αρνητική αξιολόγηση της προσφοράς του. Εν προκειμένω όμως, ουδόλως προκύπτει οτιδήποτε τέτοιο ούτε μόνη της η εκ της αναθέτουσας κατοχή δεύτερου δείγματος συνεπάγεται άνευ ετέρου και χωρίς να έχει προκύψει ήδη σφάλμα, υποχρέωσή της να ζητήσει διενέργεια επαναληπτικού ελέγχου. Άρα, το σύνολο των περί των ως άνω ελέγχων και των επί αυτών ερειδομένων κρίσεων της αναθέτουσας, αιτιάσεων της προσφυγής, είναι απορριπτέες. Αβασίμως και αλυσιτελώς προβάλλει επιπλέον, ο προσφεύγων, ότι το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 5 ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ φέρει φυσική και όχι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, καθώς πρώτον, συνιστά δημόσιο έγγραφο προερχόμενο από όργανο της αναθέτουσας και δεν τίθεται ούτε ζήτημα υποχρέωσης ψηφιακής υπογραφής ούτε αμφισβήτησης της προέλευσης από τον φερόμενο ως υπογράφοντα, δεύτερον, ούτως ή άλλως δεν προβάλλεται πλαστότητα αυτού και τρίτον, ούτως ή άλλως αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, όχι δια του γνωμοδοτικής φύσης πρακτικού, αλλά εκ της εκτελεστής απόφασης που νυν προσβάλλεται. Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 19-7-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ