

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17 Απριλίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα - Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.04.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 421/09.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στον Ασπρόπυργο, επί της οδού Ισιδ. Τσίγκου, αρ. 7, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της και δη κατά κατά όρων της υπ' αριθμ. Διακήρυξης σύμβασης του ως άνω αναθέτοντος φορέα με αντικείμενο τη , με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξίας ύψους 184.760,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24% καθώς και του με με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 εγγράφου Παροχής Διευκρινίσεων εκ μέρους της , με το οποίο εκτός από τη παροχή διευκρινίσεων επί των προσβαλλομένων όρων, μετατέθηκε και η καταληκτική ημερομηνία προθεσμίας υποβολής προσφορών της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθούν, άλλως ανακληθούν α) η με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 Απόφαση Παροχής Διευκρινίσεων επί της με αρ. διακήρυξη (α/α ΕΣΗΔΗΣ:) και β) η με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφαση του Δ.Σ. της περί έγκρισης των έγγραφων απόψεων της τελευταίας σχετικά με τον προκείμενο διαγωνισμό, κατά το μέρος που αντίκεινται στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο, σύμφωνα με τους αναφερόμενους στην υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

Προσφυγή λόγους, να επαναδημοπρατηθεί ο προκείμενος διαγωνισμός με νόμιμο τρόπο, να ακυρωθεί άλλως να ανακληθεί κάθε συναφής πράξη ή παράλειψη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη του αναθέτοντος φορέα και να απόσχει ο αναθέτων φορέας από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού, ήτοι να μην προβεί στη διενέργεια αυτού κατά την νέα ορισθείσα ημερομηνία στις 25.04.2019, πολλώ μάλλον στην κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού.

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται α) την αναστολή διενέργειας του προκείμενου διαγωνισμού στις 25.04.2019 β) την αναστολή εκτέλεσης ι) της υπ' αρ. Διακήρυξης της σύμβασης με τίτλο «.....», καθώς και ιι) της με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 απόφασης Παροχής Διευκρινίσεων επί της με αρ. διακήρυξη (α/α ΕΣΗΔΗΣ:) και ιιι) της με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφασης του Δ.Σ. της περί έγκρισης των έγγραφων απόψεων της τελευταίας σχετικά με τον προκείμενο διαγωνισμό ενόψει υποβολής τους στην Α.Ε.Π.Π. για την απόρριψη της Προδικαστικής Προσφυγής, γ) να απόσχει ο αναθέτων φορέας από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού, όπως τη διενέργεια διαγωνισμού και την εξέταση προσφορών και ανάδειξη μειοδότη δ) να διαταχθεί κάθε άλλο πρόσφορο μέτρο για τη μη συνέχιση των διαδικασιών του παρόντος διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 745,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% της

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

προϋπολογισθείσας αξίας της σχετικής σύμβασης άνευ ΦΠΑ, εν προκειμένω 149.000,00€.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η οποία ανέρχεται σε 149.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια και υπηρεσία), της ημερομηνίας αποστολής στην ΕΕΕΕ (04.03.2019) ως και δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ (06.03.2019 με ΑΔΑΜ:), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει ασκήσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 345/19.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή κατά της και κατά όρων της ως άνω υπ' αρ. Διακήρυξης σύμβασης με τίτλο «.....» της Επί αυτής της Προσφυγής στην οποία η προσφεύγουσα είχε σωρεύσει και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας εκδόθηκε η με αρ. Α137/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία απερρίφθη το αίτημα αναστολής ως άνευ αντικειμένου διότι ο αναθέτων φορέας (.....) με το με αριθ. πρωτ. 6909/26.03.19 έγγραφο του με Θέμα: «Παροχή Διευκρινήσεων και Μετάθεση καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών επί του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (.....) με τίτλο: «.....» (με α/α ΕΣΗΔΗΣ)) χορήγησε παράταση της

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

καταληκτικής προθεσμίας ημερομηνίας υποβολής προσφορών στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία από τις 09/04/2019 που είχε ορισθεί για την 25^η/04/2019.

5. Επειδή, με την ως άνω με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 345/19.03.2019 Προσφυγή της, η προσφεύγουσα έβαλε κατά της υπ' αρ. Διακήρυξης σύμβασης του ως άνω αναθέτοντος φορέα με αντικείμενο τη , με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και προϋπολογισμού 184.760,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, διότι ενδιαφέρεται ευλόγως να συμμετέχει ως υποψήφιος προμηθευτής στον ως άνω διαγωνισμό και δη στο σύνολο των τμημάτων, εμποδίζεται ωστόσο, άλλως δυσχεραίνεται ουσιαστικά προς τούτο, λόγω των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης και για τις αναφερόμενες στους επιμέρους λόγους της προσφυγής της αιτίες.

6. Επειδή, ειδικότερα με την ως άνω Προσφυγή της (από 18.03.2019 ανάρτηση της στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι με τη προσβαλλόμενη διακήρυξη παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και ανοίγματος στον ανταγωνισμό καταρχάς από παράνομο όρο των τεχνικών προδιαγραφών που αποτελεί μεθοδευμένο πλεονέκτημα και συγκεκριμένα για τους όρους για το Τμήμα 1. – Για τη Διεύθυνση Μονάδων Επεξεργασίας Νερού, στην σελίδα 42 όπου ορίζεται: «Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να μεταφέρεται σε βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών», και αντιστοίχως για το Τμήμα 2 – Για την Υπηρεσία ΚΕΑ , στην σελίδα 43, όπου ορίζεται: «Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να παραδίδεται σε παλετοδεξαμενές του ενός κυβικού ή με βυτίο με την απαραίτητη κατά περίπτωση ποσότητα 1.650 κιλών έως 4.130 κιλών». Η ως άνω απαίτηση κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας δεν προσφέρει κανένα ουσιαστικό όφελος στην εκτέλεση της σύμβασης, αντιθέτως δημιουργεί «μεθοδευμένο» πλεονέκτημα υπέρ συγκεκριμένων εταιρειών μη επιτρέποντας παράνομως την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επίσης, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των όρων της παρ.

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

6.1.1 Χρόνος παράδοσης υλικών, στην σελ. 37 της επίμαχης διακήρυξης, όπου αναγράφεται: «Κάθε τμηματική παράδοση του υποχλωριώδους νατρίου (NaOCl) θα πρέπει να γίνεται από τον Ανάδοχο στις εγκαταστάσεις της, δηλαδή στην Υπηρεσία [...], με δικό του μεταφορικό μέσο και κατόπιν ειδοποίησης από τις εν λόγω Υπηρεσίες, εντός δύο (2) ημερών, από Δευτέρα έως Παρασκευή κατά τις εργάσιμες ώρες, ήτοι 07:00 - 13:30. Η ποσότητα κάθε παράδοσης δεν θα πρέπει να ξεπερνάει τα 20.000 κιλά. Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να μεταφέρεται σε βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι εν λόγω προδιαγραφές είναι παράνομες διότι περιγράφουν συγκεκριμένο χαρακτηριστικό συγκεκριμένου βυτίου, ήτοι συγκεκριμένα κιλά (χωρητικότητα) και με αυτόν τον τρόπο συντελείται περαιτέρω ο δραστικός περιορισμός της συμμετοχής υποψηφίων και ανοίγματος του ανταγωνισμού, στερώντας μεταξύ των άλλων εταιρειών και τη συμμετοχή της ίδιας, που δεν διαθέτει βυτία της ως άνω συγκεκριμένης ορισθείσας χωρητικότητας. Υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα ότι η ως άνω τεχνική προδιαγραφή της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού ευνοεί μόνο την συμμετοχή υποψηφίων (ή υποψήφιας) που φέρουν ακριβώς το εν λόγω βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών για το Τμήμα 1 και 1.650 κιλών έως 4.130 κιλών για το Τμήμα 2. Τούτο δε χωρίς η εν λόγω προδιαγραφή να προσθέτει καθ' οιονδήποτε τρόπο «τεχνική υπέροχη η θετική διαφοροποίηση» στο αποτέλεσμα στο οποίο αποσκοπεί η προκείμενη σύμβαση ενώ έχει ως αποτέλεσμα να μην εξασφαλίζεται ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και να δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Επιπλέον η προσφεύγουσα βάλλει κατά της παράνομης όπως ισχυρίζεται αοριστίας της πληττόμενης διακήρυξης όπου παραλείπεται να αναφερθεί και προσδιορισθεί το ουσιώδες και κρίσιμο για τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς στοιχείο της ποσότητας του προς προμήθεια υποχλωριώδους νατρίου που πρέπει να προσφέρεται ημερησίως. Εν προκειμένω, η Διακήρυξη του εν θέματι Διαγωνισμού την οδηγεί όχι απλώς σε αδυναμία υποβολής άρτιας

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

προσφοράς και συγκρίσιμης με τις άλλες, αλλά σε παντελή αδυναμία προς υποβολή προσφοράς λόγω απουσίας ήτοι μη γνώσης πραγματικών δεδομένων, όπως είναι η ποσότητα του αντικειμένου της σύμβασης που πρέπει να προσφέρεται και δη ημερησίως. Σε καμία περίπτωση δε η αναφορά στην σελ. 37, Παρ. 6.1.1 της Διακήρυξης περί του ότι η ποσότητα κάθε παράδοσης δεν θα πρέπει να ξεπερνάει τα 20.000 κιλά δεν αποκαθιστά την ως άνω αοριστία, αφού και σε αυτή την προδιαγραφή ουδόλως προκύπτει η απαιτούμενη εκ του Αναθέτοντος Φορέα ημερήσια ποσότητα, ούτε και η ποσότητα και συχνότητα των τμηματικών παραδόσεων. Τα δεδομένα δε τούτα που ανάγονται στην διάθεση της ημερήσιας ποσότητας της προμήθειας είναι ουσιώδη στοιχεία για τον υπολογισμό του κόστους εκ μέρους των εν δυνάμει συμμετεχόντων και δη της προσφεύγουσας και εισφέρουν καθοριστικά στον προσδιορισμό και υποβολή άρτιας οικονομικής προσφοράς. Δεδομένων τούτων προκύπτει ότι, η επίμαχη Διακήρυξη που δημοσίευσε ο Αναθέτων Φορέας, είναι απαράδεκτα αόριστη ειδικώς ως προς την απουσία αναφοράς του ημερησίου όγκου υποχλωριώδους νατρίου, ως εκ τούτου δεν είναι ακριβής και η προαναφερθείσα έλλειψη είναι ουσιώδης καθώς επηρεάζει τις συνθήκες, την ποσότητα της διάθεσης και κατ' επέκταση το συμβατικό αντικείμενο. Τονίζεται δε με ιδιαίτερη έμφαση ότι, η αοριστία και η απουσία διάταξης στην Διακήρυξη που να προκαθορίζει τουλάχιστον την ημερήσια ποσότητα σημαίνει πρακτικά ότι κάθε εταιρεία μπορεί ημερησίως να προσφέρει ποσότητα κατά το δοκούν έως εξαντλήσεως του ορίου του συμβατικού αντικειμένου. Επιπροσθέτως με τους λόγους προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται ευθεία παραβίαση του ενωσιακού δικαίου από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και δη στην σελίδα 42 του Παραρτήματος Ι των Τεχνικών Προδιαγραφών, για το Τμήμα 2. Για την Υπηρεσία ΚΕΑ: «Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20° C». Σύμφωνα με την Οδηγία 98/83/ΕΚ του Συμβουλίου της 3ης Νοεμβρίου 1998 σχετικά με την ποιότητα του νερού ανθρώπινης κατανάλωσης, το Προοίμιο του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 528/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2012 σχετικά με

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

τη διάθεση στην αγορά και τη χρήση βιοκτόνων (στα οποία ανήκει και το υπό προμήθεια Διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου) αλλά και για λόγους προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, η Ε.Ε. ορίζει σε προληπτικό επίπεδο συγκεκριμένα επίπεδα τιμών, καθοδηγούμενη από νομική άποψη από την αρχή της Προφύλαξης. Είναι δε χαρακτηριστική η σύγκλιση που επιβάλλει η Ευρωπαϊκή Ένωση αναφορικά με τα «Χημικά που χρησιμοποιούνται για επεξεργασία νερού που προορίζεται για ανθρώπινη κατανάλωση - Υποχλωριώδες νάτριο» στο ομώνυμο κοινό πρότυπο EN 901:2013 "Chemicals used for treatment of water intended for human consumption. Sodium hypochlorite", όπου ειδικώς στην σελίδα 8, στο άρθρο 3.4, ορίζεται, για την τιμή pH ότι πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20° C: "The product is an alkaline solution with a pH value greater than 11 at 20 °C". Εντούτοις ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, ο σχετικός με τον καθορισμό του pH όρος της Διακήρυξης διαμορφώνεται στην σελίδα 42 του Παραρτήματος Ι των Τεχνικών Προδιαγραφών, και δη για το Τμήμα 2. Για την Υπηρεσία ΚΕΑ, ως εξής: «Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20° C». Συνεπώς, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η Διακήρυξη ορίζει αναφορικά με το pH ακριβώς προς την αντίθετη κατεύθυνση των όσων προβλέπει με σαφήνεια το κοινό πρότυπο για τιμή μεγαλύτερη και όχι μικρότερη από 11. Εκ των ως άνω συνάγεται από τη προσφεύγουσα ότι δεν είναι νόμιμοι συγκεκριμένοι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης, δοθέντος ότι: α) παραβιάζουν προδήλως τις γενικές αρχές της ισότιμης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του ανοίγματος στον ανταγωνισμό, και ειδικότερα στερούνται επαλλήλως της επιτακτικά αναγκαίας πλήρους και ειδικής αιτιολογίας, όπερ σημαίνει ότι ούτε παραθέτουν κατά συγκεκριμένο τρόπο, τις ειδικές ανάγκες τις οποίες επιδιώκει να καλύψει ο Αναθέτων Φορέας, ούτε ακόμη παραθέτουν τα στοιχεία εκείνα, που θεμελιώνουν την τεχνική κρίση ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνο από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, για την κάλυψη των οποίων αυτές τίθενται, β) αντιβαίνουν στο ενωσιακό δίκαιο και σε κάθε περίπτωση δημιουργούν

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

ανεπίτρεπτη αμφισημία. Επιπλέον, η απουσία αναφοράς στην Διακήρυξη σε στοιχεία που είναι καθοριστικά για την σύνταξη της οικονομικής προσφοράς, όπως τουλάχιστον η ημερήσια ποσότητα του υπό προμήθεια αντικειμένου, αποτελεί απαραδέκτως παράνομη αοριστία της πληττόμενης Διακήρυξης. Δεδομένων των ως άνω, η προσφεύγουσα άσκησε την ως άνω Προσφυγή, αιτούμενη την ακύρωση άλλως τροποποίηση της επίμαχης διακήρυξης σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, για το οποίο και εκδόθηκε η με αρ. Α137/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ (βλ. σκ. 4)

7. Επειδή, η με το με αριθ. πρωτ. 6909/26.03.19 έγγραφο της με Θέμα: «Παροχή Διευκρινήσεων και Μετάθεση καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών επί του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (.....) με τίτλο: «.....» προβαίνει, όπως αναφέρεται στο θέμα του εγγράφου, σε παροχή διευκρινίσεων επί του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (.....) με τίτλο «.....» (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ), αναφέροντας επιλέξει ως εξής: « 1. Στο άρθρο 6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ, παρ. 6.1 Χρόνος παράδοσης υλικών, Για το Τμήμα 1, σελ. 37 της Διακήρυξης, αναφέρεται μεταξύ άλλων το εξής: Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να μεταφέρεται σε βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών. Επί του ανωτέρω, διευκρινίζεται ότι όσον αφορά στις παραδόσεις του Τμήματος 1 της διακήρυξης, η αποδέχεται τη μεταφορά του προμηθευόμενου υλικού με βυτία οποιασδήποτε χωρητικότητας, αρκεί οι παραδόσεις να είναι σύμφωνα με τις οριζόμενες ποσότητες. 2. Στο άρθρο 6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ, παρ. 6.1 Χρόνος παράδοσης υλικών, Για το Τμήμα 2, σελ. 37 της Διακήρυξης, αναφέρεται μεταξύ άλλων το εξής: Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να παραδίδεται σε παλετοδεξαμενές του ενός κυβικού ή με βυτίο με την απαραίτητη κατά περίπτωση ποσότητα 1.650 κιλών έως 4.130 κιλών. Επί του ανωτέρω, διευκρινίζεται ότι όσον αφορά στις παραδόσεις του Τμήματος 2 της διακήρυξης, η αποδέχεται τη μεταφορά του προμηθευόμενου υλικού στο ΚΕΛ, είτε με παλετοδεξαμενές ενός κυβικού ή με κατάλληλο για

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

τη μεταφορά Υποχλωριώδους Νατρίου βυτίο οποιασδήποτε χωρητικότητας, αρκεί οι παραδόσεις να είναι σύμφωνα με την απαραίτητη κατά περίπτωση ποσότητα, δηλ. από 1.650 έως 4.130 κιλά περίπου. Η χωρητικότητα των βυτίων σαφώς και γίνεται αποδεκτή, εφόσον δεν προκύπτουν θέματα ασφάλειας κλπ. 3. Διευκρινίζεται ότι η συνολική μέγιστη ζητούμενη ποσότητα υλικού δεν θα ξεπερνά τα 20.000 κιλά ημερησίως. Επιπλέον, η προβλεπόμενη μηνιαία κατανάλωση, ενδεικτικά, εκτιμάται ότι θα κυμαίνεται από 80.000 κιλά έως 110.000 κιλά ανά μήνα, σύμφωνα με το εβδομαδιαίο πρόγραμμα εκτιμώμενων παραδόσεων που θα δίνεται στο προμηθευτή. Η θα έχει το δικαίωμα σύμφωνα με την διακήρυξη να επιβεβαιώνει τις παραδόσεις δύο ημέρες νωρίτερα. 4. Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές, στο ΤΜΗΜΑ 2 - ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΚΕΛ, σελ. 42 της Διακήρυξης, αναφέρεται μεταξύ άλλων το εξής: Το διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου (NaOCl) θα πρέπει να έχει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20ο C. Επί του ανωτέρω διευκρινίζεται ότι η λέξη «όχι» καταγράφηκε εκ παραδρομής. Η σωστή διατύπωση είναι: «Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20ο». 5. Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές, στο ΤΜΗΜΑ 2 - ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΚΕΛ, σελ. 42 της Διακήρυξης, αναφέρεται μεταξύ άλλων το εξής: Να είναι περιεκτικότητας 12 - 14% κ.β. ενεργό χλώριο, η οποία θα πρέπει να παραμένει στα επίπεδα αυτά και μετά την αποθήκευση του διαλύματος στις δεξαμενές αποθήκευσης του φορέα για χρονικό διάστημα τουλάχιστον ενός μήνα. Επί του ανωτέρω διευκρινίζεται ότι το υλικό κατά την παράδοσή του στην πρέπει να είναι περιεκτικότητας 12 - 14% κ.β. σε ενεργό χλώριο. Ακολούθως, η θα είναι υπεύθυνη για την διασφάλιση της ορθής αποθήκευσης του υλικού. 6. Ο φάκελος που θα φέρει την ένδειξη «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» για τα Τμήματα 1 και 2 θα πρέπει να περιέχει επί ποινή αποκλεισμού: Αντίγραφα άδειας κυκλοφορίας υποχλωριώδους νατρίου για την απολύμανση πόσιμου νερού, από τον Ε.Ο.Φ. (Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων), τόσο του παραγωγού όσο και του

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

προμηθευτή (ή τεκμήρια ότι έχουν καταθέσει πλήρη φάκελο για την έκδοση άδειας), σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία. Όλα τα παραπάνω είναι δεσμευτικά για όλη την προσφερόμενη ποσότητα».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την παρούσα Προσφυγή της σε Ορθή Επανάληψη, όπως διατυπώνει, συμπροσβάλλει αμφότερες: α) την με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 Παροχή Διευκρινίσεων επί της με αρ. διακήρυξη (α/α ΕΣΗΔΗΣ:), β) την με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφαση του Δ.Σ. της περί έγκρισης των έγγραφων απόψεων της τελευταίας σχετικά με τον προκείμενο διαγωνισμό ενόψει υποβολής τους στην Α.Ε.Π.Π. για την απόρριψη της Προδικαστικής της Προσφυγής, ως μη νόμιμες και αντίθετες με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο, εφόσον επαναπροσδιορίζουν συγκεκριμένους όρους της Διακήρυξης, κατά τρόπο που αντίκειται τόσο στην νομιμότητα, όσο και στην ουσία της υπόθεσης, όπως υποστηρίζει. Διατείνεται δε ότι δοθέντος ότι εν προκειμένω η παροχή διευκρινίσεων επί συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής δεν αναδιπλώνει με διαφορετικό λεκτικό πλαίσιο έναν σαφή όρο της διακήρυξης, ώστε απλώς να επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, αλλά τουναντίον επιφέρει καθοριστική μεταβολή στον νομικό κόσμο της διαγωνιστικής διαδικασίας, για τον λόγο αυτόν υπόκειται ως πράξη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011). Σημειώνει η προσφεύγουσα ότι η παροχή διευκρινίσεων επί των τεχνικών προδιαγραφών συνιστά εκτελεστή πράξη και όχι απλώς επιβεβαιωτική πράξη, όπως συμβαίνει στην περίπτωση κατά την οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, όταν, όπως εν προκειμένω, με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). Ειδικότερα, όπως έχει

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

κριθεί, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή. Επομένως, η νομιμότητά της υπόκειται στην κρίση των αρμοδίων δικαιοδοτικών αρχών. Εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 499/2012, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Ενόψει τούτων, η προσφεύγουσα αιτείται με την παρούσα Προδικαστική Προσφυγή της την ακύρωση, ανάκληση ή άλλως τροποποίηση των επίμαχων όρων για τους οποίους και παρασχέθεισαν οι Διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής, καθόσον, όπως περιγράφονται στις προσβαλλόμενες, αντιβαίνουν στην νομιμότητα, παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγούν σε άμεση και έμμεση νόθευση του ανταγωνισμού.

9. Επειδή, η με την αριθμ. 20221/10.04.2019 απόφαση του ΔΣ εγκρίνει τις απόψεις για την απόρριψη της παρούσας Προσφυγής, το σύνολο δε των αρχείων με τις έγγραφες απόψεις της επί της από 05.04.2019 Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας «.....» στο πλαίσιο της Διαγωνιστικής Διαδικασίας Σύναψης Σύμβασης αναρτά η αναθέτουσα αρχή την 12.04.2019 στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα καταθέτει και αναρτά στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 15.04.2019 Υπόμνημα της με συνημμένα στοιχεία προς απάντηση στις ως άνω απόψεις που κατέθεσε η, δυνάμει της παραγράφου 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019, που προσφάτως τροποποίησε (και) το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, η παρούσα Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 26.03.2019, οπότε και η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

έλαβε γνώση αυτής και άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή της στις 05.04.2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

12. Επειδή, κατόπιν των ως άνω και από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα εξής: Μετά την άσκηση της πρώτης από 18.03.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 345/19.03.2019 Προσφυγής, η με το με αριθ. πρωτ. 6909/26.03.19 έγγραφο της προέβη αφενός σε μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για την οικεία σύμβαση με συνέπεια την μη έγκριση του αιτήματος αναστολής που είχε σωρεύσει η προσφεύγουσα στην ως άνω Προσφυγή της από την Α.Ε.Π.Π., αφού ήδη είχε χορηγηθεί σχετική παράταση προθεσμίας υποβολής προσφορών ενώ η ημερομηνία εξέτασης της Προσφυγής είχε οριστεί για την 19.03.2019 και αφετέρου σε παροχή διευκρινήσεων και δη επί των προσβαλλόμενων με την ως άνω Προσφυγή όρων της επίμαχης διακήρυξης. Σημειωτέον δε ότι με τις χορηγηθείσες διευκρινήσεις και σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο όπως αναφέρεται στο Παράρτημα Ι - Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές, στο Τμήμα 2 – Για την Υπηρεσία ΚΕΑ, σελ. 42 της Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι «Το διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου (NaOCl) θα πρέπει να έχει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20ο C» η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τη πλημμέλεια αφού ισχυρίζεται ότι η λέξη «όχι» καταγράφηκε εκ παραδρομής και η σωστή διατύπωση πρέπει είναι: «Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20ο». Ενόψει τούτων, ο σχετικός λόγος της πρώτης ως άνω προσφυγής αποδεικνύεται βάσιμος.

13. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η προσφεύγουσα βασίμως ισχυρίζεται με την παρούσα προσφυγή της ότι η παροχή διευκρινίσεων επί των τεχνικών προδιαγραφών συνιστά εκτελεστή και όχι απλώς επιβεβαιωτική πράξη, όπως συμβαίνει στην περίπτωση κατά την οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με τις χορηγηθείσες μετά την άσκηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής διευκρινήσεις συνομολογεί την ανάγκη ουσιώδους τροποποίησης της ορισθείσας τεχνικής προδιαγραφής, ως ανωτέρω, η οποία εντέλει τροποποιεί το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, χρήζει δε της δημοσιότητας και των απαιτούμενων διατυπώσεων που χρήζει και η διακήρυξη.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.»

15. Επειδή, τούτων δοθέντων και δεδομένης της ημερομηνίας εξέτασης της παρούσας Προσφυγής - μετά τον ορισμό νέας ημερομηνίας εξέτασης και για τις δύο ως άνω προσφυγές - για την 24^η Απριλίου 2019, το παρόν αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η παρούσα διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να ανασταλεί μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας Προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Αναστέλλει τη περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη σύμβασης της με αντικείμενο τη, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και

Αριθμός απόφασης: Α 169 / 2019

προϋπολογισθείσα αξία 184.760,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24% και δη αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 17 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης