

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20-9-2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 5-9-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1130/12-9-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ.πρωτ.διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ» για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ» με ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία άνω των ορίων. Κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση ηλεκτρονικών (παλμικών) υδρομετρητών και η αντικατάσταση ανεπίστροφης βαλβίδας (κλαπέτο), σε υφιστάμενες υδρευτικές υδροληψίες (γεωτρήσεις, πηγάδια και πηγές) και σε υφιστάμενες δεξαμενές νερού στον Δήμο, στα πλαίσια εξορθολογισμού της χρήσης νερού. Η υπό ανάθεση σύμβαση υποδιαιρείται σε δώδεκα(12) Τμήματα, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα του προϋπολογισμού, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε τμήματος, όπως αυτά

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

παρουσιάζονται στον προϋπολογισμό μελέτης της προμήθειας. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 371.060,00€ (πλέον τα ου αναλογούντος ΦΠΑ). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε τέσσερις (4) μήνες. Η σύμβαση, με CPV, θα ανατεθεί με το κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, που προκύπτει από τη βαθμολόγηση συγκεκριμένων κριτηρίων. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 26/8/2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης [Αριθμός ανακοίνωσης στην ΕΕ: ID:], καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜκαι στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/ακαι με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 30-9-2019 και ώρα 18.00.

2. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης, υποστηρίζοντας τα εξής: Εν προκειμένω, σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2014/32/EU, όλα τα υδρόμετρα ύδρευσης θα πρέπει να είναι κατασκευασμένα σύμφωνα με τον κανονισμό τυποποίησης EN14154/2005. Η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναφέρει ότι οι μετρητές θα πρέπει να πληρούν τις προδιαγραφές σύμφωνα με τον κανονισμό τυποποίησης ISO 4064 ή EN 14154:2005 και την Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2004/22/EK αλλά στην παράγραφο 2.4.3 "Δικαιολογητικά Συμμετογής-Τεχνική Προσφορά" δεν ζητούνται με σαφήνεια τα έγγραφα όπου να αποδεικνύουν την συμμόρφωση ως προς την Οδηγία MID 2014/32/EU. Στην διακήρυξη θα πρέπει να ζητούνται ξεκάθαρα τα εξής έγγραφα σύμφωνα με την παράγραφο «ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» στο παράρτημα III (ΥΔΡΟΜΕΤΡΑ MI-001), Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2014/32/EU : • Ακριβές αντίγραφο της πλήρους έγκρισης προτύπου (Type approval certificate ANNEX B) με σχέδια, παραστάσεις, υλικά κατασκευής σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2004/22/EC (MID) ή την νέα Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2014/32/EC για τον προσφερόμενο υδρομετρητή, για την μετρολογική κλάση. • Ακριβές αντίγραφο της πλήρους έγκρισης προτύπου διεργασίας (Process 3ppΓονδί) σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2004/22/EC (MID) ή την νέα Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2014/32/EC για το εργοστάσιο κατασκευής του

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

προσφερόμενου υδρομετρητή. (Process approval - ANNEX D, F & HI) - Ευρωπαϊκή οδηγία 2004/22/EC ή 2014/32/EC (άρθρο WATER METERS ANEX MI-001...). Όσον αφορά δε τα μετρολογικά τους στοιχεία, θα πρέπει να πληρούν τα αναφερόμενα στην Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2004/22/EK ή την νέα Ευρωπαϊκή Οδηγία MID 2014/32/EU. Όπως αναφέρεται στο παράρτημα III (ΥΔΡΟΜΕΤΡΑ MI-001) της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/32/EE είναι απαραίτητο να καθορίζονται τα παρακάτω χαρακτηριστικά: ελάχιστη παροχή (Q1), μεταβατική παροχή (Q2), μόνιμη παροχή (Q3), μέγιστη παροχή (Q4), $Q3/Q1 \geq 10$, $Q2/Q1 = 1.6$, $Q4/Q3 = 1.25$, πεδίο θερμοκρασιών νερού από 0,1 °C έως τουλάχιστον 30 °C ή από 30 X έως τουλάχιστον 90 °, πεδίο τιμών σχετικής πίεσης από 0,3 έως 10 bar στην Q3, μέγιστο επιτρεπόμενο σφάλμα σε παροχές Q2/Q4, Q1/Q2. Η διακήρυξη δεν καθορίζει τα παραπάνω απαραίτητα τεχνικά χαρακτηριστικά (Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/32/EE). Πρώτον, στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης αναφέρεται ότι το πεδίο θερμοκρασιών θα είναι -10°C έως 80 °C που είναι εκτός ορίων πεδίο τιμών θερμοκρασίας σύμφωνα με τις ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ του παραρτήματος III (ΥΔΡΟΜΕΤΡΑ MI- 001). Δεύτερον, στην διακήρυξη αναφέρεται ότι το μέγιστο επιτρεπόμενο σφάλμα θα είναι 2,5% χωρίς να προσδιορίζετε η παροχή ενώ σύμφωνα με τις ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ του παραρτήματος III (ΥΔΡΟΜΕΤΡΑ MI-001) το σφάλμα σε παροχές μεταξύ της Q2 και της Q4 θα πρέπει να είναι 2% για νερό θερμοκρασίας $\leq 30^\circ\text{C}$ και 3% για νερό θερμοκρασίας $> 30^\circ\text{C}$ και σε παροχές μεταξύ της Q1 και της Q2 το μέγιστο επιτρεπόμενο σφάλμα θα πρέπει να είναι 5% ανεξάρτητα της θερμοκρασίας νερού . Τρίτον , η διακήρυξη αναφέρει ότι το σφάλμα θα μπορεί να παραμετροποιηθεί πράγμα που είναι έκτος λογικής γιατί ποιος θα είναι αρμόδιος να επέμβει και να αλλάξει το σφάλμα των υδρομέτρων και με τι κριτήρια; Η αναθέτουσα αρχή χωρίς καμία τεχνική τεκμηρίωση δεν έλαβε καθόλου υπόψη της το ως άνω πλαίσιο παραλείποντας να ενσωματώσει στη διακήρυξη τεχνικά χαρακτηριστικά. Επισυνάπτει δε η προσφεύγουσα παράρτημα της εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης με αριθμό L 96/202/29.3.2014. Αντίθετα, η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να ενσωματώσει αυθαίρετες και ασαφείς προδιαγραφές - τεχνικές λύσεις, που περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας εξ υπαρχής τη συμμετοχή οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό. Επιπλέον, η απαίτηση για λογισμικό Η/Υ ώστε να γίνεται

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

χειρισμός των υδρομέτρων είναι ανέφικτη εφόσον τα υδρόμετρα είναι όργανα καταγραφής της παροχής νερού. Συνεπώς θα έπρεπε να περιγράφεται αναλυτικά ποια θα είναι η ακριβής λειτουργία αυτού του λογισμικού. Δεν αναφέρεται αν τα υδρόμετρα θα λειτουργούν με ρεύμα 220 v ή με μπαταρία. Επίσης, το διάγραμμα που δηλώνει τον συντελεστή σταθερής τιμής, είναι δυσνόητο διότι δεν προσδιορίζει κάτι τεχνικά συγκεκριμένο. Περαιτέρω, η απαίτηση για «ηλεκτρονικούς παλμικούς υδρομετρητές» περιορίζει τον τύπο των υδρομετρητών με αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού και την αδυναμία προμηθευτή να συμμετάσχει και να προσφέρει υδρομετρητή άλλο τύπου πιθανόν καλύτερου και πιο πρόσφορου οικονομικά. Επιπλέον δεν αιτιολογείται στην τεχνική έκθεση γιατί προτιμάται αυτός ο τύπος έναντι άλλων. Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή δε συμμορφώθηκε με το κοινοτικό και εθνικό δίκαιο κατά τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών, αντιθέτως, ενσωμάτωσε αυθαίρετα όρους αδικαιολόγητα περιοριστικούς, οι οποίοι δεν έχουν κανένα τεχνικό έρεισμα, ούτε εξυπηρετούν κάποια ανάγκη/ ποιότητα, παρά έχουν ως αποτέλεσμα να ευνοούνται συγκεκριμένοι/ συγκεκριμένος οικονομικός φορέας.

3. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 1.855,30€.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 26-8-2019, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε την 5-9-2019.

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 1427/2019 Πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου.

8. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, όπως τούτη δηλώνει, οι όροι της προσβαλλόμενης διακήρυξης αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό.

9. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

10. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 8 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”*, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

11. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

12. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

13. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 1427/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 7-10-2019, η όποια περίπτωση από τυχόν αναστολή για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

14. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

15.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ.διακήρυξη και δη αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 20-9-2019 και εκδόθηκε στις 23-9-2019.

Αριθμός απόφασης: Α444/2019

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ - ΕΛΕΝΗ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ