

**Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24.04.2019, με την εξής σύνθεση:  
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει α) την από 18.03.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέταση Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 345/19.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή και β) 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.) 421/09.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., επί της οδού ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Ανώνυμης Εταιρείας Υδρεύσεως και Αποχετεύσεως Πρωτεύουσας (ΕΥΔΑΠ Α.Ε.) και δη κατά κατά όρων της υπ' αριθμ. Δ6475 Διακήρυξης σύμβασης του ως άνω αναθέτοντος φορέα με αντικείμενο τη προμήθεια και μεταφορά 1.180.000 κιλών υποχλωριώδους νάτριου για τις ανάγκες της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξίας ύψους 184.760,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24% και με τη δεύτερη ως άνω Προσφυγή, των δοθεισών με το με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 έγγραφο της ΕΥΔΑΠ Α.Ε Διευκρινίσεων σχετικών με τους προσβαλλόμενους όρους της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας.

Με την α) ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης διακήρυξης κατά το

## **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

μέρος που αντίκειται στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο, κατά τα στην προσφυγή της αναλυτικώς αναφερόμενα, την επαναδημοπράτηση του προκείμενου διαγωνισμού με νόμιμο τρόπο και την ακύρωση άλλως ανάκληση κάθε συναφούς πράξης ή παράλειψης, προγενέστερης ή μεταγενέστερης του αναθέτοντος φορέα και με τη β) ως άνω Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί η με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 Απόφαση Παροχής Διευκρινίσεων και οι δοθείσες με τούτη διευκρινήσεις επί της με αρ. Δ6475 Διακήρυξης (με συστημικό α/α στο ΕΣΗΔΗΣ ..... ) καθώς και η με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφαση του Δ.Σ. της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. 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 Προσφυγή λόγους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της α) 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 264972670959 0514 0010) και ομοίως για την άσκηση της β) Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 745,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου 268509141959 0604 0073), παράβολα τα οποία υπολογίζονται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας της σχετικής σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι εν προκειμένω προϋπολογισθείσας αξίας σύμβασης ύψους 149.000,00€.

2. Επειδή, και οι δύο συνεξεταζόμενες Προδικαστικές Προσφυγές ασκήθηκαν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν.4412/2016, περιέχουν δε τα κατά Νόμον

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγονται κατά τούτο προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι εν λόγω Προσφυγές είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση τους, 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 ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκούνται οι υπό κρίση Προσφυγές ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια και υπηρεσία), της ημερομηνίας αποστολής της δημοσίευσης προκήρυξης της στην ΕΕΕΕ (04.03.2019) ως και δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ (06.03.2019 με ΑΔΑΜ: 19PROC004571901), 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 με την ως άνω υπό στοιχείο α) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 345/19.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή κατά της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. βάλλει κατά της υπ' αριθμ. Δ6475 Διακήρυξης σύμβασης του ως άνω αναθέτοντος φορέα με αντικείμενο τη προμήθεια και μεταφορά 1.180.000 κιλών υποχλωριώδους νάτριου για τις ανάγκες της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και συνολικού 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 αυτού, εμποδίζεται ωστόσο, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς προς τούτο, λόγω των (προσβαλλόμενων) όρων της διακήρυξης και για τις αναφερόμενες στους επιμέρους λόγους της προσφυγής της αιτίες. Ειδικότερα με την ως άνω Προσφυγή της 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

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

από τους όρους που τίθενται στο Τμήμα 1 – Για τη Διεύθυνση Μονάδων Επεξεργασίας Νερού, συγκεκριμένα στην σελίδα 42 της επίμαχης διακήρυξης, όπου ορίζεται: «Πιο συγκεκριμένα, το υλικό θα πρέπει να μεταφέρεται σε βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών», και αντιστοίχως στο Τμήμα 2 – Για την Υπηρεσία ΚΕΛ Θριάσιου, στην σελίδα 43 της διακήρυξης, 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 ούτως, παρανόμως την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επίσης, συναφώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά των όρων της παρ. 6.1.1 Χρόνος παράδοσης υλικών, στην σελ. 37 της επίμαχης διακήρυξης, όπου αναγράφεται: «Κάθε τμηματική παράδοση του υποχλωριώδους νατρίου (NaOCI) θα πρέπει να γίνεται από τον Ανάδοχο στις εγκαταστάσεις της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε., δηλαδή στην Υπηρεσία Μ.Ε.Ν. Γαλασίου [...]. 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 προκειμένου διαγωνισμού ευνοεί μόνο την συμμετοχή υποψηφίων (ή υποψήφιας) που φέρουν/κατέχουν 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 και ούτως στερώντας τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που διαθέτουν βυτία μεγαλύτερα ή και μικρότερα των προβλεπόμενων στον ως άνω όρο

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

κιλών, εφόσον ο υποψήφιος ανάδοχος δύναται και οφείλει να συνυπολογίσει στην προσφορά του το κόστος μεταφοράς (η οποία σημειωτέον κατά τη προσφεύγουσα και όπως αποτυπώνεται στο έντυπο της Προσφυγής της, ουδόλως προσδιορίζεται από την προκείμενη διακήρυξη). Τούτο δε χωρίς η εν λόγω προδιαγραφή να προσθέτει καθ' οιονδήποτε τρόπο «τεχνική υπέροχη ή 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 ειδικότερα δεν αναφέρεται και δεν προσδιορίζεται 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, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η Διακήρυξη του εν θέματι Διαγωνισμού την οδηγεί όχι απλώς σε αδυναμία υποβολής άρτιας προσφοράς και συγκρίσιμης με τις άλλες, αλλά σε παντελή αδυναμία προς υποβολή προσφοράς λόγω απουσίας ήτοι μη γνώσης των αναγκαίων προς τούτο πραγματικών δεδομένων, όπως είναι η ποσότητα του αντικειμένου της σύμβασης που πρέπει να προσφέρεται και δη ημερησίως. Σε καμία περίπτωση δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, 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 και ζητούμενη εκ του Αναθέτοντος Φορέα ημερήσια ποσότητα, ούτε άλλωστε 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 την υποβολή άρτιας οικονομικής προσφοράς. Δεδομένων τούτων προκύπτει ότι, η επίμαχη Διακήρυξη που δημοσίευσε ο Αναθέτων

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

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 από τη προσφεύγουσα 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 τον τρίτο λόγο 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 ΚΕΛ Θριασίου, όπου ορίζεται: «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 Προίμιο του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 528/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2012 σχετικά με 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 με τίτλο "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 και συγκεκριμένα: "The product is an alkaline solution with a pH value greater than 11 at 20°C". Σε αντίθεση με τα δεδομένα τούτα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, ο σχετικός με τον καθορισμό του pH όρος

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

της Διακήρυξης διαμορφώνεται στην σελίδα 42 του Παραρτήματος Ι των Τεχνικών Προδιαγραφών, και δη για το Τμήμα 2, για την Υπηρεσία ΚΕΛ Θριασίου, ως εξής: «Να είναι αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20°C». Συνεπώς, κατά τους ως άνω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η Διακήρυξη ορίζει αναφορικά με το pH ακριβώς προς την αντίθετη κατεύθυνση των όσων προβλέπει με σαφήνεια και επιτάσσει το κοινό πρότυπο, ήτοι για τιμή μεγαλύτερη και όχι μικρότερη από 11. Εκ των ως άνω δε συνάγεται από τη προσφεύγουσα ότι δεν είναι νόμιμοι οι συγκεκριμένοι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών της επίμαχης 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 τούτες ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνο από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, για την κάλυψη των οποίων και τίθενται, β) αντιβαίνουν στο ενωσιακό δίκαιο και σε κάθε περίπτωση δημιουργούν 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.

5. Επειδή, την 27.03.2019 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, αναρτώντας τα σχετικά έγγραφα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Ειδικότερα, με την με αριθ. 20198 Απόφαση του ΔΣ της ενέκρινε τις έγγραφες απόψεις της Δ/σης Μονάδας

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

Επεξεργασίας Νερού και της Δ/σης Κέντρων Επεξεργασίας Λυμάτων της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. σχετικά με τον υπόψη διαγωνισμό και αιτείται την απόρριψη της ως άνω Προσφυγής. Πλέον συγκεκριμένα επί της α) ως άνω προδικαστικής προσφυγής αποτυπώνονται και διατυπώνονται στην εισηγητική έκθεση απόψεων τα ακόλουθα: «I. Εισαγωγικά: Α. Αντικείμενο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης και της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης είναι η προμήθεια και μεταφορά συνολικά 1.180.000 κιλών υποχλωριώδους νατρίου για τις ανάγκες της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. Β. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε δύο Τμήματα, από τα οποία το μεν πρώτο αφορά την προμήθεια υποχλωριώδους νατρίου για χρήση σε επεξεργασία πόσιμου νερού ενώ το δεύτερο την προμήθεια του ίδιου είδους/υλικού για χρήση σε επεξεργασία λυμάτων, ως εξής: ΤΜΗΜΑ 1: Προμήθεια και μεταφορά 1.160.000,00 κιλών για τις ανάγκες της Διεύθυνσης Μονάδων Επεξεργασίας Νερού της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. (Υπηρεσία Μ.Ε.Ν. Γαλασίου, Υπηρεσία Μ.Ε.Ν. Αχαρνών, Υπηρεσία Μ.Ε.Ν. Πολυδενδρίου, Υπηρεσία Μ.Ε.Ν. Ασπροπύργου). Πιο συγκεκριμένα, τα 1.160.000,00 κιλά, ποιότητας σύμφωνης με το πρότυπο ΕΛΟΤ EN 901:2013 ή νεότερο για χρήση στην επεξεργασία πόσιμου νερού, θα χρησιμοποιηθούν για τις ανάγκες των Μ.Ε.Ν. Η παράδοση θα γίνεται τμηματικά, στις εγκαταστάσεις της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, όπως περιγράφεται αναλυτικά στην παρούσα διακήρυξη. ΤΜΗΜΑ 2: Προμήθεια και μεταφορά 20.000,00 κιλών για τις ανάγκες της Υπηρεσίας Κέντρου Επεξεργασίας Λυμάτων Θριασίου (Κ.Ε.Λ. ΘΡΙΑΣΙΟΥ). Πιο συγκεκριμένα, τα 20.000,00 κιλά θα χρησιμοποιηθούν για την λειτουργία των μονάδων απόσμησης του Κέντρου Επεξεργασίας Λυμάτων Θριασίου (Κ.Ε.Λ. ΘΡΙΑΣΙΟΥ) καθώς και για την απολύμανση των επεξεργασμένων λυμάτων. Η παράδοση θα γίνεται τμηματικά, στις εγκαταστάσεις της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, όπως περιγράφεται αναλυτικά στην παρούσα διακήρυξη. Γ. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της Διακήρυξης: «Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προμήθειας», ήτοι υποχρεωτικώς και για τα δύο τμήματα. II. Επί των λόγων της προσφυγής: Α. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι μη νομίμως απαιτούνται κατά τη Διακήρυξη (άρθρο 6.1. και στο Παράρτημα I αυτής) συγκεκριμένα βυτία και ειδικότερα: (α) Για το Τμήμα 1 «το υλικό θα



### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

πρέπει να μεταφέρεται σε βυτίο των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών» (β) Για το Τμήμα 2 «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», και δεν γίνονται αποδεκτά βυτία μεγαλύτερης ή μικρότερης χωρητικότητας. Ο λόγος αυτός στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, διότι η αναφερόμενη ποσότητα αφορά την παραδοτέα ποσότητα και όχι τη χωρητικότητα των βυτίων. Ειδικότερα με την υπ' αριθμ. πρωτ.... /... πράξη του φορέα, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις .... σε απάντηση σχετικού αιτήματος ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα, δόθηκαν οι ακόλουθες διευκρινίσεις: ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «Στο Άρθρο 6.1 για το Τμήμα 1 της διακήρυξης αναφέρονται οι ποσότητες που προβλέπεται να παραδίδονται στις εγκαταστάσεις της ΕΥΔΑΠ. Η ΕΥΔΑΠ αποδέχεται σαφώς οποιαδήποτε χωρητικότητα βυτίου, αρκεί οι παραδόσεις να είναι σύμφωνα με τις οριζόμενες ποσότητες». ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «Στο Άρθρο 6.1 για το Τμήμα 2 της διακήρυξης αναφέρεται ότι οι παραδόσεις στο ΚΕΛ Θριασίου, θα γίνονται είτε με παλετοδεξαμενές ενός κυβικού ή με κατάλληλο για 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 ασφαλείας κλπ.». Με τις διευκρινίσεις αυτές κατέστη σαφές ότι ουδείς περιορισμός ελάχιστης χωρητικότητας των βυτίων ισχύει και ως εκ τούτου οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας δεν ευσταθούν. Σε κάθε περίπτωση, οι παρασχεθείσες κατά τα ανωτέρω διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται. Επομένως η προδικαστική προσφυγή κατά τον πρώτο λόγο της έχει πλέον καταστεί άνευ αντικειμένου. Β. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η Διακήρυξη πάσχει αοριστίας, διότι δεν καθορίζει την παραδοτέα ημερησίως ποσότητα υποχλωριώδους νατρίου. Και ο λόγος αυτός στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Κατ' αρχήν η παραδοτέα ποσότητα του υπό προμήθεια είδους,

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

την οποία αναλαμβάνει να προμηθεύει ο ανάδοχος καθ' όλη την ετήσια διάρκειά της καθορίζεται κατά τρόπο σαφή στο άρθρο 1.3. της Διακήρυξης: συνολικά 1.180.000,00 κιλά υποχλωριώδους νατρίου εκ των οποίων 1.160.000,00 κιλά για το Τμήμα 1 και 20.000,00 κιλά για το Τμήμα 2. Ομοίως κατά τρόπο σαφή προκύπτει, από τον όρο 6.1.1. της Διακήρυξης, η μέγιστη ποσότητα ημερήσιας παράδοσης, αφού ορίζεται ότι η ποσότητα κάθε παράδοσης δεν θα ξεπερνάει τα 20.000 κιλά. Σε κάθε περίπτωση, ο φορέας μας, με την υπ' αριθμ. πρωτ .... /..... πράξη, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις ..... σε απάντηση σχετικού αιτήματος ενδιαφερομένου, διευκρίνισε ότι: «Η συνολική μέγιστη ζητούμενη ποσότητα 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 ΕΥΔΑΠ θα έχει το δικαίωμα σύμφωνα με την διακήρυξη να επιβεβαιώνει τις παραδόσεις δύο μέρες νωρίτερα». Κατόπιν της ανωτέρω διευκρίνισης, η οποία εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τον σχετικό όρο της διακήρυξης, στον οποίο αναφέρεται, η προδικαστική προσφυγή κατά τον δεύτερο λόγο της έχει πλέον καταστεί άνευ αντικειμένου. Γ. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη νομιμότητα της προβλεπόμενης στη σελίδα 42 του Παραρτήματος Ι τεχνικής προδιαγραφής που προβλέπει για το Τμήμα 2 της Διακήρυξης: «ΤΜΗΜΑ 2. ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΚΕΛ ΘΡΙΑΣΙΟΥ 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 20°C», ισχυριζόμενη ότι η προδιαγραφή αυτή αντίκειται στο πρότυπο EN 901:2013 που ισχύει για «Χημικά που χρησιμοποιούνται για επεξεργασία νερού προορίζεται για ανθρώπινη κατανάλωση - Υποχλωριώδες νάτριο». Παρατηρείται κατ' αρχήν ότι όπως προκύπτει από την περιγραφή του αντικειμένου του Τμήματος 2 της Διακήρυξης, το διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου που ζητείται για το Τμήμα αυτό, δεν θα χρησιμοποιηθεί για την επεξεργασία πόσιμου νερού αλλά για την

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

λειτουργία μονάδων απόσμησης και για την απολύμανση των επεξεργασμένων λυμάτων και ως εκ τούτου οι σχετικές με την επεξεργασία νερού για ανθρώπινη κατανάλωση ρυθμίσεις του ευρωπαϊκού δικαίου δεν τυγχάνουν εφαρμογής. Παρατηρείται επίσης ότι η αιτούσα απαραδέκτως προβάλλει τον συγκεκριμένο λόγο προσφυγής, διότι δεν επικαλείται ούτε θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την προβολή του συγκεκριμένου λόγου, δεδομένου ότι δεν παραθέτει κατά τρόπο συγκεκριμένο και σαφή για ποιο λόγο η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή εμποδίζει ή έστω καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Συναφώς προς όσα αναλυτικώς εκτίθενται υπό Α του παρόντος, έχει κριθεί ότι, για την ορισμένη προσβολή όρου διακήρυξης, δεν αρκεί η γενική μνεία περί του παράνομου χαρακτήρα του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, αλλά προαπαιτείται εξειδίκευση του τρόπου με τον οποίο η παρανομία αυτού, εμπόδισε τον προσφεύγοντα να λάβει μέρος στο διαγωνισμό ή ότι δυσχέρανε ουσιωδώς την συμμετοχή του. Ελλείψει αυτών των στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής της θα πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Σε κάθε περίπτωση, ο φορέας, με την υπ' αριθμ. πρωτ..../...πράξη, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις ..... σε απάντηση σχετικού αιτήματος ενδιαφερομένου, διευκρίνισε ότι: «Στη σελίδα 42 της διακήρυξης για το τμήμα 2, στη φράση «...το αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH όχι μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20°C» η λέξη όχι καταγράφηκε εκ παραδρομής. Η σωστή διατύπωση είναι: «... το αλκαλικό διάλυμα με τιμή pH μεγαλύτερη από 11 σε θερμοκρασία 20°C». Κατόπιν της ανωτέρω διευκρίνισης, η οποία εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τον σχετικό όρο της διακήρυξης, στον οποίο αναφέρεται, η προδικαστική προσφυγή κατά τον τρίτο λόγο της έχει πλέον καταστεί άνευ αντικειμένου. IV. [...] Για τους λόγους αυτούς η προδικαστική προσφυγή και η αίτηση αναστολής θα πρέπει να απορριφθούν».

6. Επειδή, ήδη την 26.03.2019 η ΕΥΔΑΠ Α.Ε. ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το με αριθ. πρωτ.

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

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 (Δ6475) με τίτλο: «Προμήθεια και Μεταφορά 1.180.000 κιλών υποχλωριώδους νατρίου» και προβαίνει, όπως αναφέρεται στο θέμα του εγγράφου, σε παροχή διευκρινίσεων επί του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (Δ6475) με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑ 1.180.000 ΚΙΛΩΝ ΥΠΟΧΛΩΡΙΩΔΟΥΣ ΝΑΤΡΙΟΥ» (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 Δ6475, 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 Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. 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 Δ6475, 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 Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. αποδέχεται τη μεταφορά του προμηθευόμενου υλικού στο ΚΕΛ Θριασίου, είτε με παλετοδεξαμενές ενός κυβικού ή με κατάλληλο για 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

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

εβδομαδιαίο πρόγραμμα εκτιμώμενων παραδόσεων που θα δίνεται στο προμηθευτή. Η Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. 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 ΘΡΙΑΣΙΟΥ, σελ. 42 της Διακήρυξης Δ6475, 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 20°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 ΘΡΙΑΣΙΟΥ, σελ. 42 της Διακήρυξης Δ6475, 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 Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε πρέπει να είναι περιεκτικότητας 12 - 14% κ.β. σε ενεργό χλώριο. Ακολουθώντας, η Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. 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 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».

7. Επειδή, κατόπιν τούτου, η προσφεύγουσα με την β) ως άνω με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 421/09.03.2019 Προσφυγή της σε Ορθή Επανάληψη, όπως διατυπώνει, συμπροσβάλλει αμφοτέρως: α) την ως άνω με αρ. πρωτ.

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

6909/26.03.2019 Παροχή Διευκρινίσεων επί της με αρ. διακήρυξη Δ6475 (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ....), β) την ως άνω με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφαση του Δ.Σ. της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. περί έγκρισης των έγγραφων απόψεων της τελευταίας σχετικά με τον προκείμενο διαγωνισμό ενόψει υποβολής τους στην Α.Ε.Π.Π. για την απόρριψη της α) 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 συναφώς 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. 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 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 διακήρυξης,

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

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 δεύτερη ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της την ακύρωση, ανάκληση ή άλλως τροποποίηση των επίμαχων όρων για τους οποίους και παρασχέθισαν 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. Ειδικότερα και σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής της α) ως άνω Προσφυγής της, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι από την παρασχεθείσα εκ μέρους της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. Διευκρίνιση - η οποία προορίζεται να αποτελέσει αναπόσπαστο τμήμα της εν θέματι Διακήρυξης και εξ ου ελέγχεται ως προς την νομιμότητά της - συνάγεται το πρώτον ότι η ΕΥΔΑΠ αποδέχεται σαφώς οποιαδήποτε χωρητικότητα βυτίου, ενώ τα αναγραφόμενα κιλά αφορούν στην παραδοτέα ποσότητα και όχι στην χωρητικότητα των βυτίων, δηλαδή, είναι ενώ γίνεται αποδεκτό εκ μέρους της ΕΥΔΑΠ οποιαδήποτε χωρητικότητα βυτίου, οι παραδόσεις πρέπει να είναι σύμφωνα με τις οριζόμενες ποσότητες, των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών για το Τμήμα 1 και 1.650 κιλών ή 4.130 κιλών για το Τμήμα 2. Η συγκεκριμένη Διευκρίνιση όμως, υποστηρίζει η προσφεύγουσα στην ως άνω β) προσφυγή της ότι συνεχίζει να είναι παράνομη στο μέτρο που καθορίζει με ανελαστική ακρίβεια ακόμη και την παραδοτέα ποσότητα και επιπλέον ουδέν διαφωτιστικότερο κομίζει αναφορικά με την συχνότητα, τον τόπο και τον χρόνο της παράδοσης. Αυτό έχει ως συνέπεια να μην προσφέρει τελικά η εν λόγω Διευκρίνιση κανένα ουσιαστικό όφελος στον προγραμματισμό που αφορά στην εκτέλεση της σύμβασης, ώστε να καταστεί δυνατή και η σύνταξη άρτιας και ορθής οικονομικής προσφοράς. Αντιθέτως δημιουργεί «μεθοδευμένο» πλεονέκτημα υπέρ συγκεκριμένων εταιρειών μη επιτρέποντας παρανόμως την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Περαιτέρω, κατά τη προσφεύγουσα, η παρανομία και αοριστία της εν λόγω Διευκρίνισης επεκτείνεται, όταν σε επόμενο σημείο (αρ.3) της Παροχής Διευκρινίσεων αναφέρεται ότι η μέγιστη ζητούμενη

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

ποσότητα υλικού δεν θα ξεπερνά τα 20.000 κιλά ημερησίως. Διερωτάται η προσφεύγουσα πως είναι δυνατόν να σταθούν με όρους λογικής αιτιότητας οι κατά το ίδιο το κείμενο (αρ.1-2) ειδικές τιμές για τις παραδοτέες ποσότητες δηλ. 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών (Τμήμα 1) και 1.650 κιλών ή 4.130 κιλών (Τμήμα 2) και να συνισχύουν με την απαίτηση για ημερήσια ποσότητα έως 20.000 κιλά; Το συμπέρασμα στο οποίο ο ευλόγως σκεπτόμενος υποψήφιος καταλήγει είναι ότι ακόμη και η παραδοτέα ποσότητα την οποία η αναθέτουσα αρχή διατείνεται ότι αφορούν οι τιμές 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών (Τμήμα 1) και 1.650 κιλών ή 4.130 κιλών (Τμήμα 2), παραμένει αμφισβητούμενη και τούτο διότι η απαίτηση δύο επιπέδων αναφοράς κιλών, ορισθισών και από δύο Διευκρινίσεις αντιφατικές μεταξύ τους, περιπλέκουν αδικαιολόγητα και ανεξήγητα την ήδη αόριστη και συγκεχυμένη προς το περιεχόμενό της Διακήρυξη του εν λόγω Διαγωνισμού. Επισημαίνεται δε από τη προσφεύγουσα το μη συγγνωστό της ως άνω περιγραφείσας λογικής ανακολουθίας στον προσδιορισμό των φερόμενων ως παραδοτέων ποσοτήτων, δοθέντος ότι τα περισσότερα βυτία μεταφοράς υποχλωριώδους νατρίου ή συναφών υλικών, διαθέτουν το μέγιστο 3 διαμερίσματα συγκεκριμένης χωρητικότητας το καθένα (από 6.000 έως 7000 λίτρα). Ακόμη, επισημαίνει η προσφεύγουσα ότι η εν λόγω Διευκρίνιση είναι παράνομη και διότι δεδομένης της ως άνω παραδοτέας ποσότητας που πρέπει να μεταφερθεί με βυτία από τον ανάδοχο, και με δεδομένες τις προδιαγραφές χωρητικότητας των βυτίων που προβλέπονται από τον Κανονισμό ADR, η μεταφορά αυτή συνεπάγεται αποκλειστικά συγκεκριμένους τύπους βυτίων για να μπορεί να λάβει χώρα νομίμως. Εν προκειμένω, είναι ιδιαίτερος σημαντικό να τονισθεί ότι το διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου, επειδή είναι διαβρωτικό υλικό (pH μεγαλύτερο του 11), η μεταφορά του υποχρεωτικά θα πρέπει να γίνεται με βυτιοφόρα οχήματα που να έχουν ADR άδεια κυκλοφορίας. Με βάση όμως τον Κανονισμό ADR, το κάθε διαμέρισμα του βυτίου μπορεί να πληρούται όχι λιγότερο από 80% ή όχι περισσότερο από το 20% του όγκου του (επισυνάπτεται στη παρούσα προσφυγή αντίγραφο της σχετικής διάταξης του κανονισμού ADR, ΦΕΚ 2915/Β΄/2017), το οποίο σημαίνει ότι οι ανωτέρω



### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

προς παράδοση συγκεκριμένες κάθε φορά ποσότητες υλικού, θα πρέπει να μεταφέρονται με συγκεκριμένους τύπους βυτίων που να έχουν διαμερίσματα τέτοια ώστε οι προς μεταφορά ποσότητες να εντάσσονται στον παραπάνω δεσμευτικό περιορισμό μεταφοράς. Όμως, είναι σαφές κατά τη προσφεύγουσα, ότι με αυτόν τον τρόπο συντελείται περαιτέρω δραματικός περιορισμός της συμμετοχής και παντελής έλλειψη ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα τη στέρηση της συμμετοχής στον επίδικο διαγωνισμό και της ίδιας, που δεν διαθέτει τους αντιστοίχους τύπους βυτίων. Ούτως, συνάγεται από τη προσφεύγουσα ότι, η με τις Διευκρινίσεις μετ' απολύτου ακρίβειας ορισθείσα παραδοτέα ποσότητα, αν συνδυαστεί με τις προδιαγραφές της μεταφοράς που αφορούν στα βυτία του Κανονισμού ADR, οδηγεί σε συγκεκριμένους τύπους βυτίων δημιουργώντας μονοπωλιακή/ ολιγοπωλιακή κατάσταση απαγορευμένη από το νόμο. Γίνεται δε άνευ αποχρώντος τεχνικού λόγου, αφού η τεχνική διαφοροποίηση δεν εξυπηρετεί λειτουργικούς σκοπούς, προς επίτευξη δηλαδή καλύτερου αποτελέσματος. Στην δε έτερη διευκρίνιση όπου αναφέρεται ότι η συνολική ημερήσια μέγιστη ποσότητα δεν θα ξεπερνά τα 20.000 κιλά διαλύματος υποχλωριώδους νατρίου ημερησίως, συνάγεται από τη προσφεύγουσα ότι η συνολική μέγιστη ποσότητα μηνίαως (Χ30) θα μπορεί να ανέρχεται στα 600.000 κιλά ανά μήνα. Εφόσον η συνολική ποσότητα της ζητούμενης ποσότητας είναι 1.160.000 κιλά (Τμήμα 1) και 20.000 κιλά (Τμήμα 2), εάν η ΕΥΔΑΠ κάνει χρήση ζήτησης της μέγιστης ποσότητας των 20.000 κιλών ημερησίως, διερωτάται η προσφεύγουσα πως ο προμηθευτής θα είναι σε θέση να παραδίδει τις συγκεκριμένες ποσότητες των διευκρινίσεων (8.265 κιλών ή 16.528 κιλών (Τμήμα 1) και 1.650 κιλών ή 4.130 κιλών για το Τμήμα 2.) κάθε φορά και δη σε ποιο διύλιστήριο. Επιπρόσθετα, εάν ισχύσει η ανωτέρω συνθήκη, παρόλο που ορίζεται ότι η Σύμβαση είναι ετήσιας διάρκειας, δεδομένων των ως άνω συνάγεται ότι το συμβατικό αντικείμενο εν προκειμένω θα εξαντληθεί σε 2-3 μήνες για το Τμήμα 1 και δη σε μόλις μία παράδοση για το Τμήμα 2 (όπου το συνολικό συμβατικό αντικείμενο είναι μόλις 20.000 κιλά υποχλωριώδους νατρίου). Επιπλέον, οι παραπάνω καταναλώσεις αφορούν το σύνολο των ΜΕΝ (Αχαρνών,

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

Γαλατσίου, Αφιδνών και Ασπροπύργου), και συνεπώς καθίσταται αναγκαίο για την σωστή κοστολόγηση του κάθε προμηθευτή, να γνωρίζει τις επιμέρους ποσότητες που θα παραδίδει εβδομαδιαίως ή ημερησίως και δη μέσα σε 2 ημέρες από την ειδοποίηση της ΕΥΔΑΠ, σε κάθε ΜΕΝ. Και αυτό το στοιχείο ωστόσο, κατά τη προσφεύγουσα, ήτοι του επιμερισμού της συνολικής ποσότητας υποχλωριώδους νατρίου, παραμένει ασαφές, με συνέπεια να είναι έτι πιο αδύναμος ο προσδιορισμός της παραδοτέας ποσότητας σε κάθε ΜΕΝ ξεχωριστά. Επομένως, θα πρέπει να είναι εκ των προτέρων σαφείς οι ημερήσιες ή τουλάχιστον οι εβδομαδιαίες παραδόσεις ανά ΜΕΝ, και όχι συνολικά σε όλες τις ΜΕΝ προκειμένου να μπορεί να θεωρηθεί προσδιορισθείσα η ημερήσια παραδοτέα ποσότητα. Με βάση δε τα δεδομένα που παρέχει η ως άνω Διευκρίνιση: α) Η μηνιαία κατανάλωση θα κυμαίνεται από 80.000 κιλά έως 110.000 κιλά, β) αυτό συνεπάγεται ότι η εβδομαδιαία κατανάλωση θα κυμαίνεται από 20.000 κιλά έως 27.500 κιλά, γ) Επομένως, μπορεί συναγωγικώς να συμπεράνει ο ευλόγως σκεπτόμενος υποψήφιος οικονομικός φορέας ότι η ημερήσια κατανάλωση και άρα η ημερήσια παραδοτέα ποσότητα θα κυμαίνεται τελικά από 2.857 κιλά έως 3.928 κιλά. Όμως, οι ως άνω συναχθείσες ποσότητες πόρρω απέχουν από τις ορισθείσες με βάση τις προηγούμενες διευκρινίσεις (αρ.1-2) για την παραδοτέα ποσότητα (δηλ. 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών (Τμήμα 1) και 1.650 κιλών ή 4.130 κιλών για το Τμήμα 2), με αποτέλεσμα, όπως παραπονείται η προσφεύγουσα, να επιτείνεται η ασάφεια και η αντιφατικότητα του συνολικού περιεχομένου των διευκρινίσεων, που δεν δύνανται για λόγους εσωτερικής συνοχής και αρτιότητας να αναιρούν η μία την άλλη. Εκ των ως άνω προκύπτει ότι, ακόμη και η εν λόγω Διευκρίνιση που δημοσίευσε ο Αναθέτων Φορέας, είναι αόριστη και αντιφατική, ειδικώς ως προς την συγκεκριμένη αναφορά του ημερησίου όγκου υποχλωριώδους νατρίου. Η δε προαναφερθείσα έλλειψη και ανακρίβεια προκαλεί σύγχυση στους εν δυνάμει συμμετέχοντες καθώς είναι σημαντική αφού επηρεάζει τις συνθήκες, την ποσότητα της διάθεσης και κατ' επέκταση το συμβατικό αντικείμενο. Τέλος, με την υπ' αρ. 20198/27.03.2019 προσβαλλόμενη με την ως άνω β) Προσφυγή, ομοίως με την ως άνω

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

απόφασή του, το ΔΣ της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση των έγγραφων απόψεων της Διεύθυνσης Μονάδων Επεξεργασίας Νερού και της Διεύθυνσης Κέντρων Επεξεργασίας Λυμάτων της ΕΥΔΑΠ Α.Ε., κατόπιν αποδοχής της από 26.03.2018 Εισήγησης προς το ΔΣ της ΕΥΔΑΠ. Στην ως άνω εισήγηση της Διεύθυνσης Κέντρων Επεξεργασίας Λυμάτων, την οποία απεδέχθη και υιοθέτησε με την ως άνω απόφασή του το ΔΣ της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. ορίζεται ότι: «Με την υπ' αρ. 19709/28.06.2018 Απόφασή του ..., το ΔΣ της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. ενέκρινε την εναλλακτική χρήση του έτοιμου διαλύματος υποχλωριώδους νατρίου για την απολύμανση του πόσιμου νερού. Στο πλαίσιο αυτής της Απόφασης και σύμφωνα με τον προγραμματισμό της Διεύθυνσης Μονάδων Επεξεργασίας Νερού της Γενικής Διεύθυνσης Ύδρευσης, οι ποσότητες του υλικού της εν λόγω σύμβασης, όσον αφορά το πόσιμο νερό θα χρησιμοποιηθούν: Στην ΜΕΝ Γαλασίου σε όλα τα στάδια της απολύμανσης χωρίς την παράλληλη χρήση του αερίου χλωρίου και στις ΜΕΝ Αχαρνών, Πολυδενδρίου και Ασπρόπυργου με παράλληλη χρήση του αερίου χλωρίου, με σκοπό την εξάντληση της τρέχουσας σύμβασης προμήθειας και μεταφοράς αερίου χλωρίου». Διατείνεται η προσφεύγουσα ότι εκ της ως άνω διευκρίνισης, η οποία το πρώτον εμφανίζεται σε έγγραφο που αφορά στον επίδικο διαγωνισμό, δηλώνεται εκ μέρους των οργάνων του Αναθέτοντος Φορέα ότι η «δοκιμαστική» εν προκειμένω προμήθεια του υποχλωριώδους νατρίου, που θα χρησιμοποιηθεί για την απολύμανση του νερού, στη ΜΕΝ Γαλασίου, με όποιο κόστος για τη δημόσια υγεία, θα λάβει χώρα χωρίς την παράλληλη χρήση του αερίου χλωρίου. Πλην όμως ο ως άνω πρόσθετος, άλλως διευκρινιστικός, των διατάξεων της επίδικης Διακήρυξης, όρος είναι απολύτως παράνομος, όχι μόνο γιατί δημιουργεί πληθώρα ζητημάτων όσον αφορά στους κινδύνους που ελλοχεύει μια τέτοια πειραματική διαδικασία για τη δημόσια υγεία, αλλά κυρίως διότι απαιτεί για τον προμηθευτή του υποχλωριώδους νατρίου τη συμμόρφωση με πρόσθετες και δη μη αναφερόμενες στα τεύχη δημοπράτησης, προδιαγραφές. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η χρήση αποκλειστικά υποχλωριώδους νατρίου για την απολύμανση του νερού στη ΜΕΝ Γαλασίου (και όχι αερίου

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

χλωρίου που χρησιμοποιείται από ιδρύσεως του αναθέτοντος φορέα), αφενός απαιτεί νέα έγκριση Περιβαλλοντικών Όρων (η τουλάχιστον επικαιροποίηση των παλαιών) η οποία δεν υφίσταται εν προκειμένω, αφετέρου δημιουργεί εκ νέου και αντίθεση στα δεδομένα των ποσοτήτων, όπως αυτά προσδιορίστηκαν με το προσβαλλόμενο με την β) ως άνω προσφυγή έγγραφο διευκρινήσεων, δεδομένου ότι λόγω της κατά τα ως άνω αποκλειστικής χρήσης στη ΜΕΝ Γαλασίου υποχλωριώδους νατρίου, η ποσότητα παραδοτέου υλικού για τη συγκεκριμένη μονάδα εκτοξεύεται στα ύψη. Δεδομένου δε ότι η προσφεύγουσα προμηθεύει την ΕΥΔΑΠ με άνυδρο (αέριο) χλώριο, βάσει της Σύμβασης 18176551-2, για το χρονικό διάστημα από 02-11-2018 μέχρι και 28-03-2019 και βάσει των στοιχείων που διαθέτει (αποτυπώνει στο έντυπο της προσφυγής της πίνακα παραδόσεων χλωρίου στη ΜΕΝ Γαλασίου), προκύπτει ότι η μέση απαιτούμενη μηνιαία κατανάλωση αερίου χλωρίου είναι 13.680 κιλά. Επειδή το άνυδρο χλώριο εκφράζει το 100% ενεργής ουσίας, και το διάλυμα του υποχλωριώδους νατρίου που θα περιέχει 12% ενεργή ουσία, τούτο σημαίνει ότι η ΕΥΔΑΠ θα καταναλώνει  $13.680 * 100 / 12 = 114.000$  κιλά διαλύματος υποχλωριώδους νατρίου ανα μήνα και μόνον στην ΜΕΝ Γαλασίου, όπερ υπερβαίνει ακόμη και το ανώτατο όριο μηνιαίας ποσότητας που η ΕΥΔΑΠ παραθέτει με το προσβαλλόμενο διευκρινιστικό της έγγραφο (110.000), δεδομένα τα οποία επιρρωνύουν τον ισχυρισμό κατά τη προσφεύγουσα ότι είναι εντέλει αδύνατον οι μέσες μηνιαίες καταναλώσεις και των 4 ΜΕΝ να είναι - κατά το διευκρινιστικό έγγραφο - 80.000 κιλά έως 110.000 κιλά ανα μήνα, όταν μόνον η ΜΕΝ Γαλασίου απαιτεί περισσότερο από αυτές τις ποσότητες από την αρχή της Σύμβασης. Συνεπώς συνάγει η προσφεύγουσα με την ως άνω β) Προσφυγή της ότι και ο ως άνω πρόσθετος, άλλως διευκρινιστικός όρος, της Διακήρυξης πρέπει να απορριφθεί ως παράνομος, εκ των ως άνω δε αιτείται η προσφεύγουσα όπως ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις 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 β) αντιβαίνουν στο

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

ενωσιακό δίκαιο και σε κάθε περίπτωση δημιουργούν ανεπίτρεπτη αμφισημία. Δεδομένων των ως άνω, η προσφεύγουσα άσκησε την ως άνω Προσφυγή, αιτούμενη την ακύρωση των ως άνω πράξεων, σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, για το οποίο και εκδόθηκε η με αρ. Α169/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, η ΕΥΔΑΠ Α.Ε. με την αριθμ. 20221/10.04.2019 απόφαση του ΔΣ της εγκρίνει τις απόψεις για την απόρριψη της δεύτερης ως άνω 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 Δ6475 αναρτά ο αναθέτων φορέας/ αναθέτουσα αρχή την 12.04.2019 στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Υποστηρίζει δε αυναφώς η αναθέτουσα αρχή ότι απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκαν οι απόψεις που κατατέθηκαν σε σχέση με την με ΓΑΚ 345/19.3.2019 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, διότι οι απόψεις αυτές, δεν αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις, αλλά διαδικαστικό έγγραφο της προβλεπόμενης στα άρθρα 360 επόμε. του Ν. 4412/2016 διαδικασίας εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Για τον λόγο αυτό και δεν δημοσιεύονται ούτε αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ καθόσον δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες για τους διαγωνιζομένους. Μόνον ο εκάστοτε προσφεύγων οικονομικός φορέας έχει πρόσβαση στα απόψεις αυτές και οποίος δικαιούται να τις αντικρούσει δια υπομνήματος, αν δι' αυτών τίθεται συμπληρωματική αιτιολογία από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τη ρητή πλέον πρόβλεψη του άρθρου 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως προστέθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν. 4605/2019. Ομοίως απαράδεκτη, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, είναι η υπό κρίση προσφυγή, ως δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας πράξης ήτοι της Διακήρυξης Δ6745/2019 και ειδικότερα διατείνεται ότι με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις δεν μεταβλήθηκαν ούτε συμπληρώθηκαν κανονιστικοί όροι της Διακήρυξης, αλλά απλώς αποσαφηνίστηκε το περιεχόμενο ήδη ισχυόντων όρων της Διακήρυξης. Δεν πρόκειται δηλαδή για νέους κανονιστικούς όρους, με

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

αποτέλεσμα αφενός αυτές καθ' εαυτές οι υπ' αριθμ. 6909/2019 διευκρινίσεις να στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και αφετέρου η κρινόμενη προσφυγή να αποτελεί μη επιτρεπόμενη δεύτερη προσφυγή κατά της Διακήρυξης Δ6575. Σε κάθε περίπτωση υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται ενώ επιπροσθέτως κατά την αναθέτουσα δεν στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της εν προκειμένω η προσφεύγουσα, διότι για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την προβολή συγκεκριμένου λόγου προδικαστικής προσφυγής κατά όρου Διακήρυξης, απαιτείται ο προσφεύγων να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι εκ της εφαρμογής του συγκεκριμένου όρου - τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων - αποκλείεται ή εμποδίζεται δυσχερώς η συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα εντούτοις επικαλείται αορίστως ότι δεν διαθέτει κάποιου «συγκεκριμένου» κατ' αυτήν αλλά μη κατονομαζόμενου, ούτε καν περιγραφόμενου, τύπου βυτίου και ως εκ τούτου ο συγκεκριμένος λόγος θα πρέπει αν απορριφθεί ως αορίστως άλλως ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος. Εν προκειμένω, η απαίτηση παραδόσεων των συγκεκριμένων ποσοτήτων, υπαγορεύεται σύμφωνα με τον αναθέτοντα φορέα τόσο από τη χωρητικότητα των δεξαμενών των επιμέρους μονάδων όσο και από τα μέχρι σήμερα δεδομένα της λειτουργίας τους, αντιστοιχεί δε προς τις υφιστάμενες ανάγκες του αναθέτοντος φορέα από ποσοτική άποψη και δεν δύναται να μεταβληθούν. Επιπροσθέτως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι η μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση θα εκτελεστεί βάσει χρονοδιαγράμματος, οι δε συγκεκριμένες παραδόσεις καθορίζονται από τις ανάγκες των επιμέρους μονάδων της ΕΥΔΑΠ και δεν είναι προκαθορισμένες με ακρίβεια. Για τον ορθό σχεδιασμό και προγραμματισμό της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, ο αναθέτων φορέας, με βάση τα δεδομένα λειτουργίας των μονάδων κατά τα τελευταία έτη, έθεσε με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη ανώτατα όρια παραδόσεων, ώστε να είναι δυνατός ο καθορισμός της προσφοράς των διαγωνιζομένων. Προς πλήρη, δε, διασφάλιση τόσο του

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

φορέα για την απρόσκοπτη κάλυψη των αναγκών χλωρίωσης, και την διασφάλιση της δημόσιας υγείας, αλλά και του αναδόχου ώστε να καταστεί δυνατή η έγκαιρη και άρτια εκτέλεση της σύμβασης, στην ίδια Διακήρυξη προβλέφθηκε ότι η εκτέλεση της σύμβασης θα γίνεται με βάση πρόγραμμα εκτιμώμενων παραδόσεων, οι δε συγκεκριμένες ποσότητες των επιμέρους παραδόσεων της κάθε εβδομάδας θα επιβεβαιώνονται από τον αναθέτοντα φορέα δύο ημέρες προ της παράδοσης. Μάλιστα επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή ότι η εκτέλεση της συμβάσεως βάσει προγράμματος παραδόσεων, είναι η συνήθης στον οικείο κύκλο συναλλαγών και την ίδια διαδικασία συνομολογεί συμβατικώς σήμερα η ΕΥΔΑΠ με τους αναδόχους της, ακόμα και δε και με την ίδια την προσφεύγουσα με την οποία έχει συναφθεί και εκτελείται (βάσει εβδομαδιαίου προγραμματισμού παραδόσεων) σύμβαση προμήθειας αερίου χλωρίου δυνάμει της υπ' αριθμ. 5875/2018 Διακήρυξης (η οποία και επισυνάπτεται). Από τους ανωτέρω, σαφέστατους όρους που καθορίζουν τον τρόπο τμηματικών παραδόσεων και εκτέλεσης της σύμβασης, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ουδεμία σύγχυση ή ασάφεια προκαλείται από τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης, αιτείται κατ'ακολουθίαν την απόρριψη της. Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί μη νομιμότητας της υπ' αριθμ. 19709/28.06.2018 Απόφασης του Δ.Σ. της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. με την οποία εγκρίθηκε η εναλλακτική χρήση του έτοιμου διαλύματος υποχλωριώδους νατρίου για την απολύμανση του πόσιμου νερού, η αναθέτουσα αρχή αιτείται την απόρριψη του ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Υποστηρίζει συναφώς ότι η απόφαση αυτή εντάσσεται στις γενικού περιεχομένου αποφάσεις της Διοίκησης της ΕΥΔΑΠ, με τις οποίες ρυθμίζονται θέματα παραγωγικής λειτουργίας των μονάδων της εταιρείας και εκφεύγει των ορίων του προβλεπόμενου στο Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016 προσυμβατικού ελέγχου. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση αυτή, με την οποία το αρμόδιο για τη διοίκηση και λειτουργία της ΕΥΔΑΠ όργανο αποφάσισε τη χρήση συγκεκριμένης εναλλακτικής μεθόδου για την λειτουργία των μονάδων επεξεργασίας νερού, δεν υπόκειται σε έλεγχο σκοπιμότητας, όπως επιχειρεί η προσφεύγουσα, προκειμένου — όπως η ίδια συνομολογεί - να αποτρέψει τη

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

συρρίκνωση του αντικειμένου της υπ' αριθμ. 18176551-2 σύμβασής της με την ΕΥΔΑΠ ΑΕ με αντικείμενο την προμήθεια αερίου χλωρίου. Σημειώνει επίσης η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της ότι για τη χρήση υποχλωριώδους νατρίου στις μονάδες της ΕΥΔΑΠ δεν απαιτείται νέα έγκριση περιβαλλοντικών όρων, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Στην ισχύουσα για τις εγκαταστάσεις της υπ' αριθ. πρωτ. Οικ.141030/8.2.2005 Έγκριση Περιβαλλοντικών Όρων (Ε.Π.Ο), η ισχύς της οποίας παρατάθηκε με την Οικ.145286/15.1.2015 όμοια απόφαση, προβλέπεται ότι «Η απολύμανση του πόσιμου νερού θα γίνεται σύμφωνα με την ΥΜ/5673/57 Υγειονομική Διάταξη. Κατά τη διαδικασία χλωρίωσης του νερού, να διασφαλίζεται ο καλός εξαερισμός του χώρου για λόγους ασφαλείας». Η υπ' αριθ. ΥΜ/5673/57 Υγειονομική Διάταξη στην οποία κατά τα ανωτέρω παραπέμπει η Ε.Π.Ο δεν διακρίνει αν η χλωρίωση γίνεται με αέριο χλώριο ή υγρό υποχλωριώδες. Αντιθέτως, η χλωρίωση του νερού μπορεί να γίνει με χλώριο σε υγρή ή αέρια μορφή, το υποχλωριώδες νάτριο περιλαμβάνεται στο άρθρο 3 της ανωτέρω Υγειονομικής Διάταξης, δεν αποτελεί νέο απολυμαντικό και επομένως δεν απαιτείται νέα περιβαλλοντική άδειοδότηση. Εξάλλου, από τεχνικής-επιστημονικής άποψης, η στρατηγική επιλογή για την τρόπο χλωρίωσης του πόσιμου νερού διεθνώς γίνεται βάσει οικονομικών και τεχνικών στοιχείων. Η προσθήκη χλωρίου, είτε ως αέριο χλώριο είτε ως υποχλωριώδες νάτριο αποτελεί, με μεγάλη διαφορά, την κυρίαρχη μέθοδο απολύμανσης στην Ευρώπη και στις Η.Π.Α. Κατά τους ισουρισμούς της αναθέτουσας αρχής, οι προβαλλόμενες από τη προσφεύγουσα αιτιάσεις είναι προδήλως αβάσιμες.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στις 15.04.2019 καταθέτει και αναρτά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα της με συνημμένα στοιχεία προς απάντηση στις ως άνω απόψεις που κατέθεσε η ΕΥΔΑΠ ΑΕ, δυνάμει της παραγράφου 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019, που προσφάτως τροποποίησε (και) το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, όπου ορίζεται συγκεκριμένα ότι: «Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες



### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.»

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

11. Επειδή, εν προκειμένω, η α) ως άνω Προσφυγή έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτώς αφού η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι συνιστά οικονομικό φορέα που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που ενσωματώνουν περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μιν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της, ήτοι της δυνατότητας της να συμμετάσχει εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος του για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

13. Επειδή, η β) ως άνω Προσφυγή έχει κατατεθεί επίσης εμπροθέσμως, 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 έλαβε γνώση αυτής και άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή της στις 05.04.2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

14. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με την β) ως άνω Προσφυγή της, στρέφεται κατά της με αρ. πρωτ. 6909/26.03.2019 Απόφασης Παροχής Διευκρινίσεων και τις δοθείσες με τούτη διευκρινήσεις επί της με αρ. Δ6475 Διακήρυξης (με συστημικό α/α στο ΕΣΗΔΗΣ ....) καθώς και της με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφασης του Δ.Σ. της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. περί έγκρισης των έγγραφων απόψεων της τελευταίας σχετικά με τον προκείμενο διαγωνισμό, κατά το μέρος που αντίκεινται στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής περί απαράδεκτης προσβολής των ως άνω, λεκτέα τα ακόλουθα: Ως γίνεται παγίως δεκτό, οι βεβαιωτικές πράξεις

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

εκδίδονται συνήθως μετά από αίτηση του διοικούμενου και επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν και άρα εν προκειμένω η εκδοθείσα διακήρυξη. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Έτι περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα, αποτελούν δε επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣτΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣτΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως ύστερα από νέα αίτηση του διοικούμενου για το ίδιο θέμα ή άσκηση αίτησης θεραπείας ή ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», σελ. 125). Η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των ως άνω μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς οι ως άνω βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Εξ αντιδιαστολής επιχείρημα εντούτοις μπορεί να αντληθεί και από την πάγια νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, ως προς την αντιμετώπιση των διευκρινίσεων της αναθέτουσας, στην περίπτωση

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

που με αυτές τροποποιούνται όροι της διακήρυξης και (με τις διευκρινίσεις) εισάγονται νέα στοιχεία στο κείμενο της τελευταίας, των οποίων ο οικονομικός φορέας λαμβάνει γνώση για πρώτη φορά, ακριβώς με την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων και δεν γνώριζε νωρίτερα. Συγκεκριμένα, όπως προβλέπει η νομολογία η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή του άρθρου 4 του Ν. 3886/2010 (σύμφωνα με το παλαιό νομοθετικό πλαίσιο), εφόσον 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 (ΣΤΕ Ασφ 254/2012, 45/2008, ΔΕφ 437/2013, 451/2014, κ.ά.). Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται όροι της διακήρυξης ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, καθίστανται μέρος αυτής από την γνωστοποίηση των (διευκρινίσεων) στους οικονομικούς φορείς και εν δυνάμει συμμετέχοντες του διαγωνισμού, οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού.

15. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, εν προκειμένω το προσβαλλόμενο με την β) ως άνω Προσφυγή, έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ενόψει της ανάλυσης που προηγήθηκε, συνιστά βεβαιωτική πράξη, στερούμενης εκτελεστότητας, κατά το σκέλος αυτού που η αναθέτουσα αρχή κατ' ουσίαν επέμεινε στη διατύπωση των επίμαχων όρων της διακήρυξης, κατά το σκέλος εντούτοις που εισάγει νέα στοιχεία, παραδεκτώς προσβάλλεται με τη δεύτερη ως άνω προσφυγή. Ειδικότερα, με τις χορηγηθείσες διευκρινήσεις και σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο όπως αναφέρεται στο Παράρτημα Ι - Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές, στο Τμήμα 2 – Για την Υπηρεσία ΚΕΛ ΘΡΙΑΣΙΟΥ, σελ. 42 της Διακήρυξης Δ6475, όπου ορίζεται ότι «Το διάλυμα υποχλωριώδους νατρίου (NaOCl) θα πρέπει

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

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». Δεδομένων των ως άνω, με την παρασχεθείσα τούτη διευκρίνηση εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα τροποποιούνται όροι της επίμαχης διακήρυξης και εισάγονται νέα στοιχεία στο κείμενο της τελευταίας, των οποίων ο οικονομικός φορέας λαμβάνει γνώση για πρώτη φορά, ακριβώς με την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων και δεν γνώριζε νωρίτερα. Mutatis mutandis ισχύουν τα ως άνω λεχθέντα και για τη διευκρίνηση, η οποία το πρώτον εμφανίζεται σε έγγραφο που αφορά στον επίδικο διαγωνισμό, συγκεκριμένα στην εισηγητική έκθεση η οποία εγκρίνεται με την με αρ. 20198/27.03.2019 Απόφαση του Δ.Σ. της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. όπου αποτύπωνεται: «Με την υπ' αριθμ. 19709/28.06.2018 Απόφασή του, το Δ.Σ. της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. ενέκρινε την εναλλακτική χρήση του έτοιμου διαλύματος υποχλωριώδους νατρίου για την απολύμανση του πόσιμου νερού. Στο πλαίσιο αυτής της Απόφασης και σύμφωνα με τον προγραμματισμό της Διεύθυνσης Μονάδων Επεξεργασίας Νερού της Γενικής Διεύθυνσης Ύδρευσης, οι ποσότητες του υλικού της εν λόγω σύμβασης, όσον αφορά το πόσιμο νερό θα χρησιμοποιηθούν: i. στην ΜΕΝ Γαλασίου σε όλα τα στάδια της απολύμανσης χωρίς την παράλληλη χρήση του αέριου χλωρίου και στις ΜΕΝ Αχαρνών, Πολυδενδρίου και Ασπροπύργου με παράλληλη χρήση του αέριου χλωρίου, με σκοπό την εξάντληση της τρέχουσας σύμβασης προμήθειας και μεταφοράς αερίου χλωρίου. ii. Στο ΚΕΛ Θριασίου για την λειτουργία των Μονάδων απόσμησης καθώς και για την απολύμανση των επεξεργασμένων λυμάτων». Ενισχυτικό δε των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι δηλαδή οι τεθείσες διευκρινήσεις αποτελούν τροποποίηση του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης διακήρυξης είναι, ότι όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, εμφανίζεται ωςάν στο πλαίσιο χορήγησης των απόψεων και από το περιεχόμενο αυτών, προέκυψε κατά το πρώτον τότε, ήτοι με την κατατεθείσα

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

(πρώτη) Προσφυγή, η ανάγκη διευκρινήσεων/ τροποποιήσεων, ειδικότερα δε διαπιστώνεται ότι παραλείπεται στην εισηγητική έκθεση απόψεων η αναγραφή του αριθμού πρωτοκόλλου ή ημερομηνίας του εγγράφου διευκρινήσεων (βλ. σκ.5), αφού χρονικά σχεδόν ταυτίζονται η αποστολή των απόψεων/ συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής με τις παρασχεθείσες διευκρινήσεις και κατά το μάλλον έχει προηγηθεί της παροχής/ αποτύπωσης των διευκρινήσεων, αφού οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής ερείδονται εντέλει στις παρασχεθείσες διευκρινήσεις, αιτιολογώντας ούτως παρανόμως τις ελλείψεις ή πλημμέλειες του (αρχικού) κειμένου της διακήρυξης. Ανεξάρτητα δε από τη κατ'ουσίαν βασιμότητα των ως άνω τροποποιήσεων- για τη πρώτη εξάλλου συνομολογεί τη βασιμότητα της και η ίδια η αναθέτουσα αρχή- πρέπει να γίνει δεκτό ότι διαφοροποιούν το περιεχόμενο της επίμαχης διακήρυξης, χωρίς να έχουν καταστεί γνωστές τούτες οι τροποποιήσεις στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, και υπό αυτά τα δεδομένα, καθίστανται εντέλει μέρος της διακήρυξης από την γνωστοποίηση των (τροποποιήσεων/ διευκρινίσεων) στους οικονομικούς φορείς του διαγωνισμού, οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, παραδεκτώς δε εν προκειμένω και συνακολούθως προσβάλλονται από τη προσφεύγουσα και συνεπώς οι σχετικοί λόγοι που διατυπώνονται στη πρώτη και δεύτερη ως άνω προσφυγή, αντιστοίχως, πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

16. Επειδή, αναφορικά με τους έτερους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για την απαιτούμενη χωρητικότητα του βυτίου των 8.265 κιλών ή 16.528 κιλών για το Τμήμα 1 και 1.650 κιλών έως 4.130 κιλών για το Τμήμα 2 καθώς και αναφορικά με τον προσβαλλόμενο όρο 6.1.1 της Διακήρυξης περί του ότι η ποσότητα κάθε παράδοσης δεν θα πρέπει να ξεπερνάει τα 20.000 κιλά, αιτιάσεις που επιρρωνύει η προσφεύγουσα και με τη β) ως άνω Προσφυγή της, η οποία εντούτοις κατά το σκέλος αυτό που ήδη έχει προσβάλλει με την α) ως άνω προσφυγή, απαραδέκτως ασκείται (βλ. σκ. 15)

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

17. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος υποβολής, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Μάλιστα, ειδικά σε σχέση με το περιεχόμενο της υποβληθείσας τεχνικής προσφοράς, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι τεχνικές προσφορές που υποβάλλουν οι υποψήφιοι πρέπει να ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που θέτει και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη, ενώ τυχόν ελλείψεις ή ουσιώδεις αποκλίσεις τους δεν αναπληρώνονται από τη γενική δήλωση των υποψηφίων περί συμμόρφωσής τους με τους όρους της διακήρυξης (ΣτΕ Ασφ 883/08, ΔΕΦΑΘ 980/13).

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 253 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), εντούτοις οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν τα προϊόντα/ υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

19. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί από το ΔΕΕ, ο αναθέτων φορέας έχει την ελευθερία να ορίσει το αντικείμενο της σύμβασης και να επιλέξει τους όρους αυτής, ωστόσο δεν επιτρέπεται οι όροι και προδιαγραφές, καθώς και τα κριτήρια που θα χρησιμοποιήσει να σχετίζονται με ζητήματα που δεν



### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

συνδέονται (δεν εξυπηρετούν αιτιωδώς) το αντικείμενο της σύμβασης, οδηγώντας ούτως σε καταστρατήρηση των γενικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων (βλ. ιδίως, υπόθεση C-513/99 Concordia Bus Finland, Beentjes, σκέψη 19, Evans Medical and Macfarlan Smith, σκέψη 42, SIAC Construction, σκέψη 36, καθώς και αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C 470/99, Universale-Bau κ.λ.π., Συλλογή 2002, σ. 1-11617, σκέψεις 91 και 92, και της 16ης Οκτωβρίου 2003, C 421/01, Traunfellner, Συλλογή 2003, σ. 1-11941, σκέψη 29). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι η αρχή της μη διακριτικής μεταχείρισης των προσφερόντων σημαίνει ότι οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από τον αναθέτοντα φορέα. Τούτο σημαίνει, ειδικότερα, ότι οι όροι του διαγωνισμού και τα κριτήρια αυτού πρέπει να είναι όντως πρόσφορα για την αξιολόγηση των προσφορών με αντικειμενικότητα και διαφάνεια (βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λ.π., Συλλογή 2002, σ. I- 11617, σκέψη 91, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, σκέψη 73). Δια της ως άνω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ συνάγεται ότι ο προσδιορισμός των όρων της Διακήρυξης και των τευχών αυτής πρέπει να γίνεται αποκλειστικά με κριτήρια αντικειμενικής εκτίμησης, ήτοι η επιλογή ή ο αποκλεισμός των διαγωνιζόμενων πρέπει να στηρίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια από τα οποία να καταδεικνύεται ότι ο διανωιζόμενος έχει ή στερείται πράγματι της δυνατότητας εκτέλεσης της σύμβασης.

20. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές κατά τον καθορισμό των όρων της Διακήρυξης και των τευχών αυτής οφείλουν να ενεργούν κατά τρόπο διαφανή και αντικειμενικό, βάσει κριτηρίων αντικειμενικής εκτίμησης και πάντοτε σε συνάρτηση με το αντικείμενο της σύμβασης, βάσει της αρχής της αναλογικότητας. Όπως δε διαλαμβάνεται και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 2 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών», όπου προβλέπονται τα εξής: «Αποφυγή συμπερίληψης στις τεχνικές

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

προδιαγραφές όρων περιοριστικών συμμετοχής, όπως προϊόντων ορισμένης κατασκευής, παραγωγής ή γεωγραφικής προέλευσης. Κατά τη βασική και ρητή επιταγή τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού δικαίου, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν επιτρέπεται να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαιτέρων μεθόδων κατασκευής, ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα...». Κατ'ακολουθίαν, σύμφωνα και με την ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος. Ειδικότερα, δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/ όρων συμμετοχής/ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, που αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης και αποφυγής διακρίσεων των οικονομικών φορέων. Εφόσον δε οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών (π.χ. αδυναμία αποθήκευσης των προς προμήθεια ειδών από την αναθέτουσα αρχή), έχουν ευχέρεια να περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο περιορισμό.

21. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω (σκ. 17-20) από τη συνδυαστική εφαρμογή των και ειδικότερα της παραδοχής ότι οι όροι της διακήρυξης πρέπει να είναι σαφείς και να μην δημιουργείται αμφισημία ή σύγχυση στους εν δυνάμει συμμετέχοντες, προκειμένου για την υποβολή άρτιας και συγκρίσιμης προσφοράς, βασίμως εν προκειμένω στρέφεται η προσφεύγουσα κατά του όρου της υπό κρίση Διακήρυξης περί του ότι η

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

ποσότητα κάθε παράδοσης δεν θα πρέπει να ξεπερνάει τα 20.000 κιλά, αφού ενέχει πράγματι αοριστία, χωρίς να επιτυγχάνεται εκ της ορισθείσας ταύτης προδιαγραφής η συναγωγή της απαιτούμενης και ζητούμενης εκ του Αναθέτοντος Φορέα ημερήσιας ποσότητας, ούτε όμως και η ποσότητα και συχνότητα των τμηματικών παραδόσεων. Βάσιμοι είναι συναφώς και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι τα δεδομένα που ανάγονται στην διάθεση της ημερήσιας ποσότητας της προμήθειας είναι ουσιώδη στοιχεία για τον υπολογισμό του κόστους εκ μέρους των εν δυνάμει συμμετεχόντων και εισφέρουν καθοριστικά στον προσδιορισμό και την υποβολή άρτιας οικονομικής προσφοράς. Δεδομένων τούτων πράγματι η απουσία προσδιορισθείσας αναφοράς του ημερησίου όγκου υποχλωριώδους νατρίου, κατά τις ειδικότερες αιτιάσεις της προσφεύγουσας, αποτελεί ουσιώδη έλλειψη που επηρεάζει εν προκειμένω τις συνθήκες, την ποσότητα της διάθεσης και κατ' επέκταση το συμβατικό αντικείμενο.

22. Επειδή, ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος συνδέεται και πρέπει να γίνει δεκτό ότι εσφαλμένως εξαρτάται στην επίμαχη διακήρυξη από/με τους προσβαλλόμενους όρους αναφορικά με τη χωρητικότητα των βυτίων μεταφοράς των προϊόντων που προμηθεύουν οι εκάστοτε οικονομικοί φορείς. Βασίμως εν προκειμένω πρέπει να γίνει δεκτό ότι υποστηρίζει η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της ότι η ως άνω τεχνική προδιαγραφή της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού, περιορίζει αναιτιολόγητα τον ανταγωνισμό και αποκλείει την συμμετοχή της ίδιας, ενώ 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 έχει ως αποτέλεσμα να μην εξασφαλίζεται η ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και να δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Πολλώ δε μάλλον που το ως άνω αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί χωρίς τον ορισμό τόσο περιοριστικών προδιαγραφών που συνιστούν εντέλει αδικαιολόγητα εμπόδια στον καλόπιστο και ικανό εν δυνάμει συμμετέχοντα.

### **Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

23. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως σε περίπτωση ακύρωσης των τεχνικών προδιαγραφών των επίμαχων ειδών της προμήθειας, πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της η διακήρυξη (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι ακυρωτέοι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι της προκηρυχθείσας σύμβασης, σύμφωνα με το σκεπτικό, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη στο σύνολό της και να επαναδημοπρατηθεί νομίμως.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, τα παράβολα που κατέθεσε η προσφεύγουσα, πρέπει να επιστραφούν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

**Δέχεται τις Προδικαστικές Προσφυγές**

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. Δ6475 Διακήρυξη σύμβασης της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. με αντικείμενο τη προμήθεια και μεταφορά 1.180.000 κιλών υποχλωριώδους νάτριου για τις ανάγκες της ΕΥΔΑΠ ΑΕ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και προϋπολογισθείσα αξία 184.760,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

**Αριθμός απόφασης: 514, 515 / 2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 24 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 14<sup>η</sup> Μαΐου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αθηνά Μπουζιούρη**