

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 27-7-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 23-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1284/24-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. 7681/31-5-2021 διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΡΑΔΙΟΕΝΕΡΓΩΝ, ΤΟΞΙΚΩΝ, ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΠΙΚΙΝΔΥΝΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 192.380 ευρώ άνευ προαιρέσεων, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-5-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-5-2021 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 5-7-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 19-7-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...και ποσού 1.442,85 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευση, ασκείται η από 23-6-2021 προσφυγή κατά της από 14-6-2021 τελούσας σε γνώση του προσφεύγοντος (εντός του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης) διακήρυξης, επικαλούμενου του προσφεύγοντος αδυναμία συμμετοχής και σύνταξης προσφοράς, λόγω των προσβαλλόμενων όρων και ασαφειών. Εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται, κατόπιν της από 24-6-2021 κοινοποίησης της προσφυγής και κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, η από 5-7-2021 παρέμβαση εκ του ενδιαφερομένου προς συμμετοχή με τους νυν ισχύοντες όρους. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές, να εξετασθούν δε περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής περί του ότι η παρ. 7 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης δεν αποσαφηνίζει αν τα οικιακού τύπου απορρίμματα θα αναμιγνύονται με αποστειρωμένα ΕΑΑΜ, η αναθέτουσα ήδη συνομολογεί με τις Απόψεις της αντίφαση με την παρ. 9 του ιδίου ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ περί ειδικής διακριτής τοποθέτησης σε αυτοτελείς υποδοχείς των αποστειρωμένων ΕΑΑΜ, δηλώνοντας ότι θα διευκρινίσει τούτο, ενώ με τις από 29-6-2021 διευκρινίσεις της όντως προέβη σε σχετική διευκρίνιση, κατά την οποία στην παρ. 7 δεν τέθηκε εκ παραδρομής η λέξη «ξεχωριστά», ομοίως δε προσθέτει αυτή και στην παρ. 9, αναιρώντας την ασάφεια προ λήξης χρόνου υποβολής προσφορών και άρα, όπως και ο προσφεύγων συνομολογεί, ο ως άνω τρίτος λόγος καθίσταται πλέον άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής περί του ότι η παρ. 5 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι ορίζει ότι «5. Το πρόγραμμα επεξεργασίας να είναι αυτοματοποιημένο, να ελέγχεται συνεχώς και να καταγράφονται με εκτύπωση

όλες οι παράμετροι για την πιστοποίηση των σωστών παραμέτρων λειτουργίας σε κάθε κύκλο. Επίσης, να διαθέτει σύστημα συναγερμού με καταγραφή σε περίπτωση δυσλειτουργίας.»), χωρίς να ορίζει εναλλακτικό τρόπο αντιμετώπισης δυσλειτουργίας ακόμη και αν η ανά περίπτωση μονάδα αποστείρωσης διαθέτει αυτή κατά την εγκεκριμένη ΑΕΠΟ της, προκύπτει ότι σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα, η αναθέτουσα συνομολογεί ότι ο συναγερμός πρέπει να είναι ηχητικός και τούτο άλλωστε προκύπτει και εκ της ως άνω διατύπωσης, που ουδόλως αναφέρεται σε οπτική ένδειξη, όπως ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται, η δε έννοια του «συναγερμού», εφόσον τίποτα ειδικότερο δεν προσδιορίζεται, συνίσταται σε σύστημα εκπομπής ισχυρής ηχητικής ένδειξης προς τον σκοπό προσέλκυσης προσοχής. Περαιτέρω, εφόσον εγκεκριμένη ΑΕΠΟ, όπως του προσφεύγοντος, η οποία άλλωστε ΑΕΠΟ στοιχειοθετεί την άδεια λειτουργίας της μονάδας επεξεργασίας και εκ της οποίας προκύπτει έλεγχος πλήρωσης και πλήρωση των όρων της ΚΥΑ 146163/2012, αποδέχεται και ενσωματώνει συγκεκριμένες προδιαγραφές και διαδικασίες πρόληψης κινδύνων και ασφαλείας, όπως άλλωστε την υπέρτερης παρεχόμενης προστασίας, αυτοματοποιημένη διακοπή λειτουργίας μέχρι την επίλυση του προβλήματος και αυτοματοποιημένο επανέλεγχο επίλυσης προ αυτοματοποιημένης επανεκκίνησης, όπως στην περίπτωση του προσφεύγοντος, δεν είναι δυνατόν η διακήρυξη όχι απλά να επιβάλλει πρόσθετες σχετικές απαιτήσεις, αλλά ιδίως να μην αποδέχεται εναλλακτικές και δη, εγκεκριμένες κατά την οικεία ΑΕΠΟ και σε κάθε περίπτωση επαρκείς, διαδικασίες ασφαλείας και πρόληψης κινδύνου. Και τούτο διότι ο όρος και ο περιορισμός που επιφέρει στον ανταγωνισμό καθίσταται δυσανάλογος, ακριβώς διότι είναι αδικαιολόγητος και τούτο επειδή αποκλείει όχι μόνο κάθε ανάλογο και αντίστοιχης διασφάλισης μέσο, αλλά ιδίως και κάθε υπέρτερης προστασίας μέσο, επιπλέον δε ορίζοντας ως ακατάλληλες και απορριπτέες εγκεκριμένες και αδειοδοτημένες κατά τις νόμιμες διαδικασίες και τα αρμόδια όργανα, μονάδες, οι προδιαγραφές των οποίων για τη συγκεκριμένη δραστηριότητα έχουν ελεγχθεί και εγκριθεί υπό διαδικασίες και όργανα που εκφέρουν σχετική τεχνική κρίση αρμοδίως και σύμφωνα με τις νόμιμες διατάξεις που διέπουν την παροχή της

οικείας υπηρεσίας. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής, είναι ακυρωτέα η παρ. 5 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης καθ' ο μέρος απαιτεί σύστημα ηχητικού συναγερμού. Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής περί της παρ. 3 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, που ορίζει ότι «3. Η αποστείρωση να εκτελείται με ατμό, με ελάχιστη θερμοκρασία 121ο C και συνεχόμενη πίεση άνω των 1,5 Bar με χρόνο συνεχόμενης επίδρασης τουλάχιστον 30 λεπτών, ώστε να εξασφαλίζεται αποστείρωση (ελάχιστη μείωση του μικροβιακού φορτίου 10-6).», προκύπτει ότι η διακήρυξη δεν αρκείται στον αντικειμενικό και σαφώς άλλωστε οριζόμενο στον ως άνω όρο, στόχο μείωσης μικροβιακού φορτίου που είναι και το αληθές αντικείμενο της διαδικασίας αποστείρωσης που συνιστά και το φυσικό αντικείμενο της παρούσας υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά επιπλέον επιβάλλει αυτή να λαμβάνει χώρα κατά συγκεκριμένους σωρευτικούς όρους συνδυασμού συγκεκριμένης θερμοκρασίας, πίεσης και χρόνου, χωρίς να αποδέχεται καμία άλλη εναλλακτική συνδυασμού των ως άνω τριών, ομού συντείνουσών κατά συνδυασμό στο σκοπούμενο αποτέλεσμα μείωσης του μικροβιακού φορτίου, παραμέτρων, ακόμη και αν αυτή αποδεδειγμένα καταλήγει στην ίδια μείωση και ακόμη και αν αυτή επιτείνει συγκεκριμένες εκ των τριών ως άνω παραμέτρων, προς τη μείωση του χρόνου συνεχόμενης επίδρασης. Ήτοι, δεν αποδέχεται τη χρήση άλλης θερμοκρασίας ή/και πίεσης σε συνδυασμό με μικρότερο χρόνο, ακόμη και αν αυτός ο συνδυασμός καταλήγει σε ίση ή μεγαλύτερη μείωση μικροβιακού φορτίου. Τούτο μάλιστα, αποκλείοντας και οικονομικούς φορείς, όπως ο προσφεύγων, με εγκεκριμένη ΑΕΠΟ και άδεια λειτουργίας που κατ' έλεγχο και έγκριση των τεχνικών προδιαγραφών της οικείας μονάδας, αποδεικνύουν τέτοια μείωση μικροβιακού φορτίου με άλλο συνδυασμό των ως άνω παραμέτρων και δη, με μικρότερο απαιτούμενο χρόνο, ενώ κατά τα έγγραφα λειτουργίας και την άδεια μονάδας του προσφεύγοντος επιτυγχάνει αποστείρωση σε μεγαλύτερη θερμοκρασία 134 βαθμών και μεγαλύτερη πίεση 2,2 bar, σε ευλόγως μικρότερο χρόνο, λόγω επίτασης των άλλων δύο παραμέτρων αποστείρωσης, ήτοι σε 15 λεπτά. Πλην όμως, κατά τούτο ο όρος καθίσταται δυσανάλογος και αδικαιολόγητος, αφού ενώ η διακήρυξη δεν αρκείται απλά στη θέσπιση

παραμέτρων λειτουργίας προς επίτευξη των εξ αυτών όποιου αποτελέσματος, αλλά θέτει αυτό καθαυτό το αποτέλεσμα, σε ποσοτικοποιημένους και ρητούς όρους, ως ευθέως απαιτούμενη προδιαγραφή, συγχρόνως δεν αποδέχεται την πλήρωση αυτής, αλλά θέτει συγκεκριμένες σωρευτικές προδιαγραφές ειδικότερα περί του τρόπου επίτευξης του αποτελέσματος αυτού. Τούτο χωρίς ουδόλως να δικαιολογείται κάποια ειδική και διακριτή της επίτευξης του σκοπούμενου ως άνω αποτελέσματος μείωσης μικροβιακού φορτίου, αυταξία και χρησιμότητα ειδικώς του χρόνου επίδρασης και ακόμη περισσότερο του συγκεκριμένου και μόνο συνδυασμού θερμοκρασίας-πίεσης-χρόνου, εφόσον σε κάθε περίπτωση επιτυγχάνεται το σκοπούμενο αποτέλεσμα μείωσης μικροβιακού φορτίου. Σημειωτέον δε, ότι παρότι οι ως άνω τρεις παράμετροι ορίζονται ως ελάχιστα απαιτούμενες, τούτο δεν μεταβάλλει τα ανωτέρω, αφού και πάλι δεν προκύπτει η αυτοτελής ανάγκη της παραμέτρου του χρόνου σε τέτοιο ελάχιστο επίπεδο, όταν το ίδιο αποτέλεσμα επιτυγχάνεται με την ούτως ή άλλως επιτρεπτά μεγαλύτερη ή και πολύ μεγαλύτερη ένταση των δύο άλλων παραμέτρων, που σαφέστατα μειώνουν την ανάγκη χρόνου επίδρασης. Δηλαδή, ενώ προδήλως και όπως δεν αμφισβητείται η μεγαλύτερη θερμοκρασία και πίεση, άγουν σε μικρότερο αναγκαίο χρόνο επίδρασης και όσο μεγαλύτερες είναι οι δύο πρώτες, τόσο μικρότερος ο απαιτούμενος χρόνος, ο ως άνω όρος διατυπώνεται με τρόπο που δεν λαμβάνει υπόψη αυτό, αφού ανεξαρτήτως πόσο υψηλή είναι η πίεση και η θερμοκρασία, ο ελάχιστος χρόνος ορίζεται στο ίδιο απαιτούμενο μέγεθος, επιρρωνύοντας το αδικαιολόγητο της απαίτησης αυτής. Μη νομίμως και χωρίς δικαιολόγηση από κάποιον εύλογο και συνεχόμενο με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης σκοπό, που συνίσταται ακριβώς στην έντεχνη και αποτελεσματική αποστείρωση, η οποία αυταπόδεικτα και άνευ ετέρου πιστοποιείται εκ μόνου του αποτελέσματος μείωσης μικροβιακού φορτίου σε συγκεκριμένο βαθμό, η αναθέτουσα δεν αρκείται στην επίτευξη του στόχου αυτού, που άλλωστε περιλαμβάνεται στις προδιαγραφές της, αλλά αποκλείει κάθε τεχνική και επιστημονική μέθοδο επίτευξής του και δη, εγκεκριμένη από αρμοδίως εκδοθείσα κατ' εκφορά, κατόπιν σχετικού κατά νόμο ελέγχου προδιαγραφών μονάδας, τεχνικής κρίσης,

ΑΕΠΟ και αδειοδότηση μονάδας, οι οποίες παρέχουν κάθε εχέγγυο και απόδειξη ικανότητας της μεθόδου και του συνδυασμού παραμέτρων της αδειοδοτημένης μονάδας προς επίτευξη του σκοπούμενου αποτελέσματος, με συνέπεια άλλωστε, η διακήρυξη, εμμέσως, αναρμοδίως, ως και αναπόδεικτα, να αμφισβητεί την οικεία τεχνική κρίση και την ισχύ και ορθότητα των οικείων ΑΕΠΟ και αδειοδοτήσεων. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων επικαλείται ειδικές συνθήκες του συγκεκριμένου προς επεξεργασία τύπου αποβλήτων, αφού τούτο ουδόλως στοιχειοθετεί τη μη αποδοχή εναλλακτικού συνδυασμού των ως άνω παραμέτρων προς επίτευξη του αυτού αποτελέσματος ούτε αναιρεί ότι το ζητούμενο είναι η μείωση του μικροβιακού φορτίου, που ούτως ή άλλως ορίζεται ως συγκεκριμένη επιπλέον προδιαγραφή και ενώ και ο ίδιος συνομολογεί τη δυνατότητα επίτευξης του αυτού αποτελέσματος με μείωση του χρόνου επίδρασης, υπό διαφορετικό συνδυασμό των ως άνω παραμέτρων. Επομένως, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής και ασχέτως ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί φωτογραφικού χαρακτήρα του όρου, ακυρωτέα τυγχάνει η παρ. 3 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, καθ' ο μέρος αδικαιολόγητα και δυσανάλογα περιοριστικά του ανταγωνισμού, ως και άνευ συσχέτισης με την επίτευξη ευλόγως επιδιωκόμενου εκ της σύμβασης σκοπού (που επιτυγχάνεται δια της κατά την ΑΕΠΟ και την άδεια λειτουργίας αποδεικνυόμενη επίτευξη του ζητούμενου αποτελέσματος μείωσης μικροβιακού φορτίου), θέσπισε επιπλέον του σκοπούμενου αποτελέσματος μείωσης μικροβιακού φορτίου και της αποδεικτικές περί αυτού και της τεχνικής καταλληλότητας και επιστημονικής επάρκειας των ακολουθούμενων προς επίτευξή του, μεθόδων, ΑΕΠΟ και άδειας λειτουργίας, πρόσθετες, ειδικές και απαρέγκλιτης τήρησης χωρίς αποδοχή ισοδυνάμου συνδυασμού και τεχνικών ως προς το αποδεικνυόμενα επιτυγχανόμενο σκοπούμενο αποτέλεσμα, παραμέτρους κατά τα ανωτέρω και δη, όσον αφορά τον ελάχιστο χρόνο συνεχούς επίδρασης, ο οποίος άλλωστε δύναται να μειωθεί με τρόπο που εξασφαλίζει και πάλι το σκοπούμενο αποτέλεσμα, υπό συνθήκες της επιτρεπτά κατά τη διακήρυξη, εφαρμοζόμενης μεγαλύτερης θερμοκρασίας και πίεσης.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, να απορριφθεί δε η Παρέμβαση. Να ακυρωθούν οι ως άνω δύο προσβαλλόμενοι όροι, ως και η διακήρυξη στο σύνολό της, αφού εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων 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, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της (βλ. 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).

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 7681/31-5-2021 διακήρυξη της αναθέτουσας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΡΑΔΙΕΝΕΡΓΩΝ, ΤΟΞΙΚΩΝ, ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΠΙΚΙΝΔΥΝΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27-7-2021 και εκδόθηκε στις 28-7-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ