

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής- λήψης προσωρινών μέτρων που
ενσωματώνεται στην από 11/01/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
34/11.01.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της και των όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξης με
αντικείμενο τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο για την, συνολικής
προϋπολογισθείσας σύμβασης 160.000,00, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξης
..... με αντικείμενο τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο για την Με
το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της προόδου
της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης
προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

2. Επειδή, η με την υπ' αριθ. Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό, ανοικτό διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με αντικείμενο τηνΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή και εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 160.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Όπως προβλέπεται στη Διακήρυξη, για τη διαδικασία σύναψης των εκτελεστικών έκαστης εκ των συμφωνιών πλαίσιο συμβάσεων : α. Στην περίπτωση ανάδειξης άνω του ενός (1) αναδόχου, απαιτείται η υποβολή από τους συμμετέχοντες σε αυτές, νέας κλειστής οικονομικής προσφοράς (στάδιο call – offs), β. Στην περίπτωση ανάδειξης ενός (1) αναδόχου, και όταν όλοι οι όροι δεν καθορίζονται στη συμφωνία πλαίσιο, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να διαβουλευτεί γραπτώς με το φορέα, ζητώντας του, εάν χρειάζεται, να ολοκληρώσει την προσφορά του με βελτίωση αυτής, σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας πλαίσιο. Σε διαφορετική περίπτωση δεν απαιτείται συμπλήρωση της προσφοράς του αναδόχου, ήτοι η διενέργεια διαβούλευσης. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων / ΚΗΜΔΗΣ στις 17/12/2018 και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 19/12/2018 όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 25/01/2019 και ώρα 15:00μμ. και ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 01/02/2019 και ώρα 11:00 πμ

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού 800,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0.5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 160.000,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60,000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου καταχώρησής του στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. 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.α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 17.12.2018 και η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από την ως άνω προθεσμία, οπότε και εκκίνησε η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της παρούσας, η οποία ασκήθηκε την 11.01.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα των μεταφορών επί μακρό χρονικό διάστημα, έχοντας επανειλημμένα συμμετάσχει σε δημόσιους διαγωνισμούς με το αυτό αντικείμενο αλλά και έχοντας αναλάβει την εκτέλεση διαγωνισμών παροχής υπηρεσιών μεταφοράς της Πολεμικής Αεροπορίας, παρόλα αυτά, όπως ισχυρίζεται, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης αποκλείουν, σε κάθε δε περίπτωση καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στο διαγωνισμό και ζημιώνουν αυτήν, καθότι παραβιάζουν κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του αναδόχου κριτήρια.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω 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.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ),*

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων». Τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής υποστηρίζει ότι το άρθρο 11 της Διακήρυξης με τίτλο : «Διαδικασία Αξιολόγησης Προσφορών» στο οποίο προβλέπεται η έκδοση μίας απόφασης για την επικύρωση της διαδικασίας αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων παραβιάζει το άρθρο 100 του Ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο ορίζεται ότι σε διαγωνιστικές διαδικασίες προϋπολογισθείσας αξίας άνω των 60.000 ευρώ, όταν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, απαιτείται η έκδοση δύο διαφορετικών αποφάσεων, όπου με την πρώτη επικυρώνονται τα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και με τη δεύτερη επικυρώνονται τα αποτελέσματα αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Με το δεύτερο λόγο προσφυγής της, η

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το άρθρο 11 παρ. 5 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι : *«Πέραν των περιπτώσεων που το υλικό είναι ασφαλισμένο, ο ανάδοχος υποχρεούται ως ποινική ρήτρα για την καταβολή αποζημίωσης ίσης με την αξία του υλικού προσαυξημένη με ποσοστό 6% (ανεξαρτήτως εάν το υλικό δεν είναι ασφαλισμένο) στις ακόλουθες περιπτώσεις :*

α. Υπέρβαση του καθοριζόμενου μέγιστου χρονικού ορίου καθυστέρησης μεταφοράς, οπότε το υλικό θεωρείται απολεσθέν και εφόσον δεν μπορεί να αποδείξει με έγγραφα στοιχεία ότι το υλικό παραδόθηκε σε χερσαίο μεταφορέα» και το άρθρο 12 του ίδιου Παραρτήματος, όπου προβλέπεται ότι : *«2. Ειδικότερα, σε περίπτωση χρήσης ξένου ανταποκριτή freight forwarder, ο ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει και τη σύμβαση που έχει συνάψει για το αντικείμενο με τον εν λόγω φορέα, προς τεκμηρίωση της συνεργασίας τους στο πλαίσιο συμβατικού κειμένου που έχει συναφθεί και είναι σε ισχύ»* έρχονται σε αντίθεση με τις διατάξεις του Ν. 4053/2012, οι οποίες διέπουν την εκτέλεση έργων ταχυμεταφοράς και όχι έργου συμβατικής μεταφοράς. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο πλαίσιο εκτέλεσης μιας σύμβασης ταχυμεταφοράς, ο ανάδοχος αναλαμβάνει ρόλο διαμεταφορέα και όχι μεταφορέα, ήτοι δεν εκτελεί έργο μεταφοράς οδικής ή αεροπορικής με ίδια μέσα, δε φυλάσσει τα αντικείμενα, δεν τα αποθηκεύει, δεν τα εκτελωνίζει, δεν εκδίδει πιστοποιητικά προέλευσης και σε καμία περίπτωση δεν ανοίγει τη συσκευασία των υλικών, αλλά αναλαμβάνει τη συνεργασία με εταιρία ταχυμεταφορών η οποία παραλαμβάνει τα προς μεταφορά αντικείμενα και τα παραδίδει στον παραλήπτη, χωρίς εμπλοκή του αναδόχου στην ενδιάμεση διαδικασία, ήτοι στην επιλογή αεροπορικής εταιρίας, οδικού μεταφορέα, αποθηκευτικού χώρου, συνεργαζόμενου εκτελωνιστή κτλ, εργασίες οι οποίες άπτονται της εκτέλεσης μιας συμβατικής μεταφοράς. Υπό αυτά τα δεδομένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι ανωτέρω όροι έρχονται σε αντίθεση με το αντικείμενο του έργου, αφενός μεν διότι δεν είναι δυνατόν ο ανάδοχος, σε περίπτωση υπέρβασης του καθοριζόμενου μέγιστου χρονικού ορίου καθυστέρησης μεταφοράς, οπότε το υλικό θεωρείται απολεσθέν, να οφείλει να αποδείξει με έγγραφα στοιχεία ότι το υλικό παραδόθηκε σε χερσαίο μεταφορέα, διότι τα υλικά παραδίδονται σε ταχυμεταφορέα και όχι σε χερσαίο μεταφορέα,

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

αφετέρου δε διότι δεν είναι δυνατόν να προβλέπεται ότι ο ανάδοχος χρησιμοποιεί ξένο ανταποκριτή, καθώς το έργο εκτελείται με χρήση εταιρίας ταχυμεταφορών, στην οποία απευθύνεται ο ανάδοχος και η οποία μεριμνά για την παράδοση των υλικών στον παραλήπτη, ήτοι και για όλα τα ενδιάμεσα στάδια που απαιτούνται προς τούτο. Συνεπώς, η προσφεύγουσα αιτείται την απάλειψη των ως άνω όρων, οι οποίοι συνάδουν με την εκτέλεση μεταφοράς με συμβατικό τρόπο μέσω αντισυμβαλλόμενης αεροπορικής εταιρίας και όχι με door to door υπηρεσίες. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 6 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι : «Στην περίπτωση που η απώλεια ή η ζημία δεν είναι εμφανής, τότε η δήλωση πρέπει να γίνει μέσα σε έξι (6) μήνες από την παραλαβή των υλικών», επισημαίνοντας και πάλι ότι ο όρος αυτός συνάδει με την εκτέλεση μεταφοράς με συμβατικό τρόπο και όχι με door to door υπηρεσίες, όπου δεν επιτρέπεται να ανοίγει η συσκευασία των μεταφερόμενων υλικών και συνεπώς δε γίνεται αντιληπτή από τον ανάδοχο τυχόν ζημία, ώστε να μπορεί να δηλωθεί. Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι : «13. Πέραν των ανωτέρω, οι συμμετέχοντες, με την οικονομική τους προσφορά σε ξεχωριστό έγγραφο και σε μορφή αρχείου (.pdf), το οποίο θα είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο και θα επισυναφθεί ως επιπλέον δικαιολογητικό εντός του (υπο)φακέλου της οικονομικής προσφοράς) θα πρέπει να προσδιορίσουν το κόστος ασφάλισης, όπως ορίζεται στο άρθρο 11 παρόντος παραρτήματος. Σε περίπτωση παράλειψης, η οικονομική προσφορά δεν θα απορρίπτεται, καθόσον δεν επηρεάζεται το κριτήριο ανάθεσης και το κόστος ασφάλισης θα προσδιορίζεται προ της υπογραφής των Εκτελεστικών Συμβάσεων. 14. Επισημαίνεται ότι, στο σύνολο της προϋπολογισθείσας αξίας του διαγωνισμού συμπεριλαμβάνονται όλες οι δαπάνες που αναφέρονται στο παρόν Άρθρο, συμπεριλαμβανομένου και του κόστους ασφάλισης των υλικών» και του άρθρου 11 του ίδιου Παραρτήματος όπου προβλέπεται ότι : «Ο Ανάδοχος, πριν από την υπογραφή της Εκτελεστικής Σύμβασης, οφείλει να προσκομίσει, παράλληλα με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης αυτής, ασφαλιστήριο συμβόλαιο τύπου “C” στο όνομα της Ως ασφαλιστική αξία ορίζεται το ποσό των

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

500.000,00 ευρώ/έτος ή 2.000.000,00 ευρώ/τέσσερα (4) έτη. 3. Για τη μεταφορά υλικών σημαντικής αξίας και εφόσον ζητηθεί εγγράφως από την, ο Ανάδοχος οφείλει να ασφαλίσει τα αποστελλόμενα υλικά με κόστος που θα επιβαρύνει την Υπηρεσία. Το κόστος ασφάλισης θα είναι σταθερό καθ' όλη τη διάρκεια της Σύμβασης και θα κατατεθεί στην οικονομική του προσφορά, ως ποσοστό ανά 100 ευρώ αξίας υλικού (DECLARED VALUE). Σε περίπτωση που δεν κατατεθεί στην προσφορά, θα κατατεθεί πριν από την υπογραφή των Εκτελεστικών Συμβάσεων, δεδομένου ότι δεν επηρεάζει την ανάθεση (οι περιπτώσεις κατά τις οποίες θα ζητηθεί ασφάλιση είναι από μηδενικές έως ελάχιστες). 4. Σε περίπτωση αξίωσης αποζημίωσης για ασφαλισμένο υλικό, ο Ανάδοχος θα καταβάλλει στην Υπηρεσία το ισόποσο της αξίας του υλικού προσαυξημένο με ποσοστό 6%...», διότι οι εν λόγω όροι είναι αόριστοι, ασαφείς και αντιφατικοί. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με τους προσβαλλόμενους όρους : α) δεν καθορίζεται στην Διακήρυξη η πραγματική αξία των μεταφερομένων υλικών, ώστε να μπορεί να προσδιοριστεί εάν αντιστοιχεί στην ασφαλιστική αξία των 500.000 €/έτος ή 2.000.000 €/τετραετία, ώστε να καθοριστεί και το ανάλογο ασφάλιστρο, το οποίο θα επιβαρυνθεί ο Ανάδοχος, β) δεν καθορίζεται ποιά θα είναι η αξία των μεταφερομένων υλικών ανά έτος ή ανά 4ετία, ώστε να υπολογισθεί εάν η ανωτέρω καθοριζόμενη ασφαλιστική αξία θα υπολείπεται, θα ισούται ή θα υπερβαίνει την αξία των υλικών στο ίδιο διάστημα. Για παράδειγμα, εάν κατά τη διάρκεια ενός έτους μεταφερθούν υλικά αξίας 700.000 €, ενώ η ασφαλιστική κάλυψη περιορίζεται στα 500.000 €/έτος, τα υλικά αξίας 200.000 € θα είναι ανασφάλιστα, γ) δεν καθορίζεται εάν, στην περίπτωση που η αξία των μεταφερομένων υλικών υπερβαίνει την ασφαλιστική αξία, θα καταρτίζεται πρόσθετη ασφαλιστική σύμβαση και εάν θα επιβαρύνεται το πρόσθετο ασφάλιστρο ο Ανάδοχος ή η Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι οι εταιρείες ταχυμεταφορών δεν αποδέχονται δέματα αξίας άνω των 50.000 €. Συνεπώς, με μία μεταφορά 10 δεμάτων αξίας 50.000 € καλύπτεται η ασφαλιστική αξία των υλικών για ολόκληρο το έτος, δ) σε κάθε περίπτωση, εφόσον η οφειλόμενη από τον Ανάδοχο αποζημίωση σε περίπτωση απώλειας ή ζημίας των υλικών είναι η αξία των υλικών προσαυξημένη κατά 6%, θα έπρεπε η ασφαλιστική αξία να ορισθεί

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

σε 500.000 € + 6% = 530.000 € και σε 2.000.000 + 6% = 2.120.000 €. Με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 5 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι ο Ανάδοχος : «2) Μεριμνά για την εντός δύο (2) εργάσιμων ημερών αεροπορική μεταφορά τους στις (5) Μεριμνά για την εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την άφιξη των υλικών στις, προώθηση και παράδοσή τους στον τελικό αποδέκτη εντός των (αεροπορικώς ή και οδικώς)» ενώ αμέσως κατωτέρω ορίζεται ότι: «(1) Παραλαμβάνει τα υλικά από τις εγκαταστάσεις της εταιρείας ή του επισκευαστικού οίκου, όπως θα του υποδειχθεί από το, προκειμένου να τα μεταφέρει στην Ελλάδα και τα παραδώσει σε εκπρόσωπο του στο Α/Δ «.....» εντός πέντε (5) εργάσιμων ημερών από την παραλαβή τους (στις), με ευθύνη και έξοδά του». Όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο ανωτέρω όρος, κατά τον οποίον καθορίζεται χρόνος μεταφοράς των υλικών στις οι 2 εργάσιμες ημέρες και χρόνος παράδοσης στον παραλήπτη στις 3 εργάσιμες ημέρες, είναι άσκοπος και δημιουργεί αδικαιολόγητα προβλήματα στον προγραμματισμό της εκτέλεσης του έργου, διότι: α) ο σκοπός της προκαθορισμένης και ταχείας παράδοσης των υλικών στον τελικό παραλήπτη επιτυγχάνεται με τον καθορισμό της σύντομης προθεσμίας των συνολικά 5 εργάσιμων ημερών, και δεν είναι απαραίτητη η κατάτμηση του χρόνου αυτού σε δύο επιμέρους προθεσμίες των 2 και 3 ημερών αντίστοιχα, β) ο ταχυμεταφορέας δεσμεύεται υπέρμετρα και αδικαιολόγητα εις βάρος του προγραμματισμού και της κατανομής του χρόνου του, όταν υποχρεούται να ενεργήσει για την μεταφορά στις εντός 2 ημερών και εν συνεχεία για την παράδοση στον παραλήπτη εντός 3 ημερών, ενώ μπορεί να επιτύχει το ίδιο αποτέλεσμα με άλλη κατανομή του χρόνου, όπως για παράδειγμα τη μεταφορά στις εντός μίας ημέρας και την παράδοση στον παραλήπτη εντός 4 ημερών ή με μεταφορά στις εντός 3 ημερών και με παράδοση στον παραλήπτη εντός 2 ημερών κ.λ.π. , γ) η μεταφορά από τις προς την Ελλάδα ορίζεται από την Διακήρυξη σε συνολική προθεσμία 5 ημερών συνολικά, χωρίς διαχωρισμό δύο σταδίων, όπως αδικαιολόγητα ορίζει η Διακήρυξη για την μεταφορά από την Ελλάδα προς τις Ως εκ τούτου,

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός δημιουργεί αβεβαιότητα για το κόστος της εκτέλεσης του έργου και ανυπέβλητη δυσχέρεια στην κατάρτιση της οικονομικής προσφοράς, έχει δε τεθεί από την αναθέτουσα αρχή καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας και εκτός των άκρων νομίμων ορίων αυτής. Με τον έκτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 5 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι : *«ο Ανάδοχος εκτελεί όλες τις αναγκαίες διατυπώσεις, συμπεριλαμβανομένης και της έκδοσης βεβαιώσεων προέλευσης και λοιπών κατά περίπτωση δικαιολογητικών και διαβιβάζει τα αναγκαία στοιχεία στον παραλήπτη του υλικού»*, ισχυριζόμενος ότι οι βεβαιώσεις προέλευσης είναι τα αποδεικτικά καταγωγής των εμπορευμάτων στις χώρες εισαγωγής τους και εκδίδονται από τα Εμπορικά και Βιομηχανικά Επιμελητήρια του τόπου όπου εδρεύουν οι εξαγωγικές επιχειρήσεις, με την προϋπόθεση ότι τα μέλη της έχουν εγγραφεί στο οικείο Ειδικό Μητρώο του Επιμελητηρίου. Συνεπώς, η απαίτηση αυτή της Διακήρυξης αφορά μόνον εξαγωγικές εταιρίες και όχι μεταφορικές εταιρίες, όπως αυτή της προσφεύγουσας. Με τον έβδομο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 1 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι : *«Οι παρόντες όροι συμφωνιών αφορούν την ανάδειξη αναδόχου ο οποίος θα αναλάβει την*», όμως το αντικείμενο της Διακήρυξης είναι η ταχυμεταφορά υλικών από την Ελλάδα προς τις και αντίστροφα, με συνέπεια και ο όρος αυτός να δημιουργεί σύγχυση σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Τέλος, με τον όγδοο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 3 του Παραρτήματος Γ της Διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι : *«16. Ο Ανάδοχος οφείλει, εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημερομηνία της υπογραφής της επόμενης σύμβασης, να παραδώσει στο νέο συμβαλλόμενο ανάδοχο όλα τα απαραίτητα στοιχεία για την ενημέρωσή του και την ομαλή συνέχιση των μεταφορών, καθώς και να τον εξουσιοδοτήσει για την προσκόμιση των εντύπων temporary export. Ειδικά για τα υλικά που είναι υπό διακίνηση κατά το χρονικό διάστημα λήξης της σύμβασης, ο Ανάδοχος οφείλει να ολοκληρώσει τη μεταφορά αμειβόμενος σύμφωνα με τις προβλέψεις της σύμβασης»*. Όμως, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τα ανωτέρω αναφερόμενα στοιχεία, τα οποία η Διακήρυξη απαιτεί να παραδοθούν από τον

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

Ανάδοχο στον επόμενο, και ειδικότερα το ΝΟΑΣ, δεν είναι δυνατόν να κατέχονται από αυτόν, διότι χορηγούνται αποκλειστικά και μόνον για τη μεταφορά υλικών FMS, Διαβαθμισμένων, υπερμεγέθων, επικίνδυνων, εκρηκτικών κτλ, τα οποία δεν είναι αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, αλλά της σύμβασης αεροπορικής μεταφοράς 37/2018 της, η οποία εκτελείται μέχρι σήμερα.

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθ. πρωτ. Φ830/ΑΔ 211 Σ.51 έγγραφο απόψεων επί της υπόψη προσφυγής όπου εκθέτει αναλυτικά τις απόψεις της επί των λόγων προσφυγής και εν τέλει καταλήγει ότι : «α. Συμφωνεί εν μέρει με την από 11 Ιανουαρίου 2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και ειδικότερα επί του δεύτερου, τρίτου και έκτου θέματος, για τους λόγους που αναφέρονται στην παράγραφο 3 του παρόντος. β. Θεωρεί ότι ο διαγωνισμός είναι σκόπιμο να ακυρωθεί και να επαναληφθεί με τροποποιημένους – συμπληρωμένους όρους, κατόπιν επανεξέτασης-περαιτέρω διευρεύνησης όλων των θεμάτων, ενώ παράλληλα θα εξεταστεί η δυνατότητα δημοσίευσης προκήρυξης βάσει του άρθρου 107 Ν. 4412/2016 δεδομένου ότι η σχετική υπηρεσία εμπίπτει στον κωδικό CPV του παραρτήματος XIV του Προσαρτήματος Α'».

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας αναφορικά με τον παράνομο χαρακτήρα των προσβαλλόμενων όρων χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, απαιτούν δε βαθιά κατανόηση του αντικείμενου και των προδιαγραφών της δημοπρατούμενης σύμβασης, τεχνική κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015) αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

16. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και γ) οι προσβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης. Περαιτέρω, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

17. Επειδή, από το ως άνω έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνάγεται η πρόθεση της τελευταίας να προβεί σε επανεξέταση και ακολούθως τροποποίηση-συμπλήρωση όλων ή κάποιων εκ των προσβαλλόμενων όρων, με συνέπεια και για το λόγο αυτό κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού και έως ότου η αναθέτουσα αρχή προβεί πράγματι στην ακύρωση εν όλω ή εν μέρει της επίμαχης διακήρυξης και στην επαναδημοπράτηση του αντικειμένου της σύμβασης με νέους, τροποποιημένους-συμπληρωμένους, όρους, να κρίνεται αναγκαία η αναστολή της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε κάθε δε περίπτωση, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον ενόψει και της πιθανότητας επαναπροκήρυξης της παρούσας σύμβασης με νέους όρους, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων και ακύρωση κατ' ακολουθίαν της διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει,

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

αν τυχόν έχουν περιληφθεί μη νόμιμοι όροι, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων κατά την εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής

Αριθμός Απόφασης: Α19/2019

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη με αντικείμενο τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο για την, και συγκεκριμένα την αποσφράγιση των προσφορών, που θα υποβληθούν έως την οριζόμενη από την οικεία διακήρυξη καταληκτική ημεροχρονολογία, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Σταυρούλα Κουρή

Ανθούλα Νικολαΐδου