

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και
Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ)/1402/31.12.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία
«.....» που εδρεύει στον, οδός αρ., νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην
οδό , Τ.Κ. νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει
1) Να ακυρωθεί η υπ' αρ. Φ 602.2/24/287403 Σ.3527/21-12-2018 απόφαση
της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος, κατά το οποίο παρανόμως
παρέλειψε να περιλάβει στην τροποποίηση των παραγρ. 17γ και 18β του
ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης την διαζευκτική δυνατότητα να
διαθέτουν οι ανταποκριτές των οικονομικών φορέων τους απαιτούμενους
χώρους στα λιμάνια των ΗΠΑ, εκτός από τους ίδιους τους οικονομικούς
φορείς, διότι με τον τρόπο αυτό δεν συμμορφώθηκε με την υπ' αρ. 1135/2018
απόφαση της ΑΕΠΠ και παραβίασε το άρθρο 367 του ν. 4412/2016.
Συναφώς, να ακυρωθούν οι όροι υπ' αρ. 17γ, υπό τον τίτλο "ΕΙΔΙΚΕΣ
ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ" και υπ' αρ. 18β, υπό τον τίτλο
"ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της
Διακήρυξης, κατά το μέρος, που απαιτούν μόνον από τους οικονομικούς
φορείς και όχι διαζευκτικά και από τους ανταποκριτές τους στις ΗΠΑ να
διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα
τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο
ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ

ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΓΩΣΗΣ", και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού, 2) Να ακυρωθούν οι "ΠΙΝΑΚΕΣ Α, Β, Γ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Τ' της Διακήρυξης (σελ. Γ 7-8), διότι δεν συνάδουν με την τροποποίηση των παραγράφων 17γ και 18β της Διακήρυξης, δεν έχουν λάβει υπ' όψιν την δυνατότητα διάθεσης αποθηκευτικών χώρων σε οποιοδήποτε από τα λιμάνια των ΗΠΑ, που αναγράφονται στην παραγρ. 2.α του παραρτήματος "Ε" της Διακήρυξης, αλλά η Αναθέτουσα Αρχή τους έχει διαμορφώσει με το μη ισχύον πλέον δεδομένο ότι το λιμάνι φορτοεκφόρτωσης είναι μόνον αυτό της Νέας Υόρκης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, παράβολο, ύψους 4.950,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό Πληρωμή του παραβόλου στην στις 28/12/2018 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο»).

2. Επειδή με την υπ' αριθ. Διακήρυξη προκηρύχθηκε ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΕΝΝΙΑΚΟΣΙΩΝ ΕΝΕΝΗΝΤΑ ΧΙΛΙΑΔΩΝ ΕΥΡΩ (990.000 €) ΑΝΕΥ ΦΠΑ (CPV με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ και ημερομηνία δημοσίευσης την 12^η Νοεμβρίου 2018 στην ηλεκτρονική διαδικτυακή πλατφόρμα του Κεντρικού Μητρώου Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με ΑΔΑΜ 2018-11-12.

3. Επειδή η διακήρυξη δημοσιεύτηκε την 08^η Νοεμβρίου 2018 στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (.....).

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του χρόνου εκκίνησής της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του αντικειμένου της το οποίο αποτελεί μεικτή

Αριθμός απόφασης: 70/2019

σύμβαση, κατά την έννοια του άρθρου 16 του ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του εν λόγω νόμου. Εν προκειμένω σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 13 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ρητά προβλέπεται ότι δεν θα πρέπει να εμποδίζονται οι αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν να εφαρμόζουν την οδηγία 2014/24/ΕΕ αντί της οδηγίας 2009/81/ΕΚ, ως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο, σε ορισμένες μεικτές συμβάσεις. Κατά όρων της ανωτέρω Διακήρυξης ασκήθηκε η από 23/11/2018 προδικαστική προσφυγή (ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 1252/2018) της προσφεύγουσας επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθμ. 1135/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκαν οι όροι του Παραρτήματος «Ε» άρθρο 17 παρ. γ και άρθρο 18 παρ. β της Διακήρυξης.

5. Επειδή, με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκαν κατά πλήρη αποδοχή σχετικού αιτήματος του προσφεύγοντος «*οι όροι υπ' αρ. 17γ, υπό τον τίτλο "ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ" και υπ' αρ. 18β, υπό τον τίτλο "ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης, κατά το μέρος, που απαιτούν την διάθεση αποθηκευτικών χώρων και μέσων φορτοεκφόρτωσης μόνον στο λιμάνι της Νέας Υόρκης, και να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στους ίδιους ως άνω όρους την υποχρέωση των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό του τίτλο "ΤΟΠΟΙ ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ", και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού*». Σε συνέχεια της ανωτέρω απόφασης ΑΕΠΠ, την 21/12/2018 εκδόθηκε από την αναθέτουσα αρχή η σχετική απόφαση τροποποίησης των όρων της παραγρ.17.γ και 18.β του παραρτήματος «Ε» της σχετικής (α) Διακήρυξης και παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών του εν λόγω διαγωνισμού μέχρι την 15/01/2019, ήδη παραταθείσα εκ νέου έως τις 28.01.2019, προκειμένου να λάβουν γνώση και να προετοιμαστούν κατάλληλα όλοι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς.

6. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα με ανάρτηση την 28^η-12-2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017, είναι νομίμως υπογεγραμμένη και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 γ του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή, στις 31.12.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην ανάρτηση της υπό εξέταση προσφυγής στην 1^η σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή εισήχθη ενώπιον του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, 365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 12, 13 του ΠΔ 39/2017.

9». Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή 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. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».*

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 53 του Ν.4412/2016 : *«Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».*

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή*

συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. [...].

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 16 «Μεικτές συμβάσεις που αφορούν την άμυνα ή την ασφάλεια (άρθρο 16 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016, ορίζεται «1. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται στις μεικτές συμβάσεις που έχουν αντικείμενο σύμβαση η οποία καλύπτεται από το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σύμβαση η οποία διέπεται από το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ ή το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137). 2. Όταν τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης μπορεί να χωριστούν αντικειμενικά, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέγουν να αναθέσουν είτε χωριστές συμβάσεις για τα χωριστά μέρη είτε μία ενιαία σύμβαση. Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν χωριστές συμβάσεις για χωριστά μέρη, η απόφαση για το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς καθεμιάς από τις χωριστές αυτές συμβάσεις λαμβάνεται βάσει των χαρακτηριστικών εκάστου μέρους. Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν μία ενιαία σύμβαση, ισχύουν τα ακόλουθα κριτήρια για τον καθορισμό του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος: α) όταν μέρος μιας συγκεκριμένης σύμβασης διέπεται από το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ, η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται χωρίς εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση ενιαίας σύμβασης δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, β) όταν μέρος μιας συγκεκριμένης σύμβασης διέπεται από το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137), η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137), υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση ενιαίας σύμβασης βασίζεται σε αντικειμενικούς λόγους. Η παρούσα περίπτωση β' δεν επηρεάζει τα κατώτατα όρια και τις εξαιρέσεις που προβλέπει το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137). Η απόφαση για την ανάθεση μίας ενιαίας

σύμβασης, ωστόσο, δεν λαμβάνεται με σκοπό την εξαίρεση των συμβάσεων από την εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου ή του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137). 3. Η περίπτωση α' του τρίτου εδαφίου της παρ. 2 εφαρμόζεται στις μεικτές συμβάσεις για τις οποίες θα μπορούσαν άλλως να ισχύουν οι περιπτώσεις α' και β' του προαναφερθέντος εδαφίου. 4. Όταν τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορεί να χωριστούν αντικειμενικά, η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται χωρίς να εφαρμόζεται το παρόν Βιβλίο, όταν περιλαμβάνει στοιχεία στα οποία εφαρμόζεται το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ· διαφορετικά, μπορεί να ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137)».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. [...]. [...]. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη

Αριθμός απόφασης: 70/2019

σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. [...] 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α « Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...].».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων

αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους. [...].

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών [...]».

16. Επειδή, στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 καθώς και στο άρθρο 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, [...] και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...].3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ , Σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016, ορίζεται, ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα

επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια».

17. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύμβασης 3372/2011), η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

18. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ

μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manona*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

19. Επειδή, έχει κριθεί στα πλαίσια της θεσπισθείσας υποχρέωσης συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής προς τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ (βλ. απόφαση υπ' αριθμ. Ν162/2018 ΔΕφ.Θεσσαλονίκης) ότι «{...}ούτε, άλλωστε, δύναται να αφίσταται των οριστικώς κριθέντων και μη αμφισβητηθέντων με την απόφαση της ΑΕΠΠ, ενόψει της υποχρέωσης συμμόρφωσης της προς την τελευταία σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 367 του ίδιου προαναφερόμενου νόμου. Η πιο πάνω περίπτωση, κατά τα ήδη γενόμενα δεκτά στην παρούσα σκέψη, δεν αφορά σε ανάκληση ή τροποποίηση προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι, λόγω του ακυρωτικού αποτελέσματος της απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν υφίσταται στο νομικό κόσμο τέτοια πράξη, αλλά αφορά σε εξαρχής έκδοση νέας εκτελεστής διοικητικής πράξης». Τούτης της νομολογιακής κρίσης δοθείσας, συνάγεται με ενάργεια και πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η ακύρωση της προσβληθείσας πράξης της αναθέτουσας αρχής με απόφαση της ΑΕΠΠ, για έλλειψη

αιτιολογίας, υποχρεώνει τη διοίκηση να την θεωρήσει ως μη υπάρχουσα στο νομικό κόσμο και άρα οφείλει να συμμορφωθεί απαρέγκλιτα προς τους όρους τους οποίους τάσσει η απόφαση της ΑΕΠΠ, δηλαδή να την εκδώσει χωρίς τα ελαττώματα της ακυρωθείσας. Επίσης, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται παγίως ότι *«η συμμόρφωση της διοικήσεως προς τις ακυρωτικές αποφάσεις πρέπει, να είναι πλήρης και, κατά το δυνατόν, άμεση, υπό την έννοια ότι μετά την δημοσίευση της αποφάσεως η αρμόδια αρχή οφείλει να προβαίνει σε κάθε ενέργεια που είναι απαραίτητη για την υλοποίηση του ακυρωτικού αποτελέσματος»* (βλ. ΣτΕ 1995, 1518/2014, 2559/2011, 677/2010, 2557/2006, 3191/2005).

20. Επειδή, ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο προσφυγής ο προσφεύγων σημειώνει, ότι «Στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε την υπ' αρ. Φ 602.2/24/287403 Σ.3527/21-12-2018 απόφαση, με την οποία αποφάσισε, σε συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ, να τροποποιήσει την παράγραφο 17.γ. και 18.β. του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης ως εξής: "α. Η παράγραφος 17.γ.(1) διαμορφώνεται σε "Να διαθέτει σε οποιαδήποτε πόλη έδρας των λιμανιών που αναγράφονται στην παραγρ. 2.α του παραρτήματος "Ε" της Διακήρυξης, κατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων - υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεως τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα, για την απόδειξη του οποίου οφείλει να προσκομίσει αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ μισθωτήρια) και να μεριμνήσει για την έκδοση από τις αρχές των Η.Π.Α. πιστοποίησης για τους εν λόγω αποθηκευτικούς του χώρους, προσκομίζοντας τις μέχρι την υπογραφή της ΣΠ". β. Η παράγραφος 18.β διαμορφώνεται σε "Αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ μισθωτήρια) ότι διαθέτει σε οποιαδήποτε πόλη έδρας των λιμανιών που αναγράφονται στην παραγρ. 2.α του παραρτήματος "Ε" της Διακήρυξηςκατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων - υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεως τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα". δ) Με την απόφαση αυτή η Αναθέτουσα Αρχή

Αριθμός απόφασης: 70/2019

συμμορφώθηκε με την απόφαση 1135/2018 της ΑΕΠΠ μόνον κατά το ένα σκέλος αυτής, που αφορούσε την ακύρωση των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης, που καθόριζαν αποκλειστικά το λιμάνι της Νέας Υόρκης αντί οποιουδήποτε άλλου από τα αναγραφόμενα στην Διακήρυξη. Όμως, στον τέταρτο λόγο της προσφυγής μας περιλαμβανόταν και το αίτημα "να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στους ίδιους ως άνω όρους την υποχρέωση των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ", και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού", για τον λόγο ότι "με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται η καλύτερη και οικονομικότερη εκτέλεση του έργου, η κατάρτιση οικονομικότερης προσφοράς και είναι απολύτως συμβατή με τους λοιπούς όρους της Διακήρυξης, όπως τον ανωτέρω όρο, ο οποίος αρκείται στην κατοχή του Πιστοποιητικού LETTRE OF CLEARANCE από τους ανταποκριτές.". Εφόσον η απόφαση υπ' αριθμ. 1135/2018 της ΑΕΠΠ έκανε δεκτό εν συνόλω τον τέταρτο λόγο της προσφυγής μου, στον οποίο περιλαμβανόταν και το δεύτερο αίτημα (δηλ. να διαθέτουν όχι αποκλειστικά οι οικονομικοί φορείς, αλλά διαζευκτικά και οι ανταποκριτές στους στις ΗΠΑ, τους απαιτούμενους χώρους στα λιμάνια των ΗΠΑ), η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να περιλάβει στην Διακήρυξη την δυνατότητα ή των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν τους απαιτούμενους χώρους. Όμως, η Αναθέτουσα Αρχή δεν περιέλαβε στην Διακήρυξη την δυνατότητα ή των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν τους απαιτούμενους χώρους, και με τον τρόπο αυτό αρνήθηκε να συμμορφωθεί με την απόφαση 1135/2018 της ΑΕΠΠ. Συναφώς, να ακυρωθούν οι όροι υπ' αρ. 17γ, υπό τον τίτλο ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ" και υπ' αρ. 18β, υπό τον τίτλο "ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης, κατά το μέρος, που απαιτούν μόνον από τους οικονομικούς φορείς και όχι διαζευκτικά και από τους ανταποκριτές τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα

τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ", και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού».

21. Επειδή, κατά την κρίση του Κλιμακίου από την συνολική επισκόπηση του υπό εξέταση φακέλου προκύπτει το νόμω και ουσία βάσιμο του συγκεκριμένου λόγου προσφυγής ως προς τα κάτωθι. Από την ενδεδειγμένη ανάγνωση της υπ' αρ. Φ 602.2/24/287403 Σ.3527/21-12-2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφάσισε, σε συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ, να τροποποιήσει την παράγραφο 17.γ. και 18.β. του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης, προκύπτει με σαφήνεια ότι αυτή δεν τροποποίησε την παράγραφο 17.γ. και 18.β. του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. 1135/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Τυχάνει δε απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτός διατυπώθηκε διά των απόψεων της προς την ΑΕΠΠ ότι *«η εν λόγω δυνατότητα για τη διάθεση των απαιτούμενων αποθηκευτικών χώρων από τους Ανταποκριτές των οικονομικών φορέων σε οποιαδήποτε πόλη έδρας των λιμανιών, αν και δεν αναγράφηκε ρητώς στη (ιε) απόφαση, πλην όμως προκύπτει από το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποδέχεται πιστοποιητικό καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού από τον ανταποκριτή του μεταφορέα ως αναγράφεται στην παράγραφο 17β της σχετικής (α) διακήρυξης. Αντίστοιχο πιστοποιητικό εκδιδόμενο από τις αρχές των Η.Π.Α. (Defense Industrial Security Clearance Office) ζητείται και για τους αποθηκευτικούς χώρους και ως εκ τούτου είναι προφανές ότι δε θα μπορούσε να αποκλειστεί η διάθεση αποθηκευτικών χώρων και μέσων φορτοεκφόρτωσης και η έκδοση εν λόγω πιστοποιητικού με μέριμνα του ανταποκριτή του οικονομικού φορέα»*. Και τούτο διότι η συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής προς το ακυρωτικό αποτέλεσμα των αποφάσεων της ΑΕΠΠ δεν δύναται να είναι αμφίσημη, ασαφής και να τελεί υπό την αίρεση της ορθής και υποθετικής κατανόησης των συμμετεχόντων ως προς τις αληθείς προθέσεις της αναθέτουσας αρχής όπως αυτές εξειδικεύονται και αποτυπώνονται διά του κανονιστικού κειμένου

της διακήρυξης. Περαιτέρω, το διατακτικό της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., με την οποία υποχρεούται να συμμορφώνεται η αναθέτουσα αρχή, συνέχεται αναγκαίως με το αιτιολογικό της, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο συμμόρφωσης, οφείλει, μετά την ακύρωση Απόφασής της, να προβεί στην έκδοση νέας πράξης λαμβάνοντας υπόψη τις αιτιολογικές σκέψεις τη Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Εξάλλου, στην σκέψη αυτή, κατατείνει και η ως άνω άποψη της αναθέτουσας αρχής, η οποία συνομολογώντας, ότι ναι μεν δεν ανέγραψε ρητώς την εν λόγω δυνατότητα για τη διάθεση των απαιτούμενων αποθηκευτικών χώρων από τους Ανταποκριτές των οικονομικών φορέων σε οποιαδήποτε πόλη έδρας των λιμανιών, διαλαμβάνοντας όμως κατά τρόπο απροσδιόριστο και ασαφή ότι αυτό καθίστατο κατά κάποιο τρόπο προφανές από το λοιπό περιεχόμενο της διακήρυξης, μην δυναμένη όμως να αιτιολογήσει την μη ρητή συμμόρφωση της προς το διατακτικό της υπ' αριθμ. 1135/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Συνεπώς ο πρώτος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

22. Επειδή, με τον 2^ο λόγο προσφυγής, υποστηρίζεται, ότι «α) Στην Προσθήκη "I" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Γ" της Διακήρυξης (σελ. Γ-8) περιλαμβάνεται ο κάτωθι "ΠΙΝΑΚΑΣ Γ" με τους συντελεστές βαρύτητας ανά δρομολόγιο: ΧΕΡΣΑΙΕΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΣ ΕΝΤΟΣ ΤΩΝ ΗΠΑ (ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ 0.4) ΖΩΝΗ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ ΤΙΜΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΚΕΝΤΡΙΚΗ 0,15 Γ-1 ΔΥΤΙΚΗ 0,25 Γ-2 ΑΝΑΤΟΛΙΚΗ 0,60 Γ-3 Όπου: (α) Οι τιμές του πίνακα 3 (χερσαίας μεταφοράς εντός ΗΠΑ) ισχύουν ανά τιμολογητέο κιλό που προκύπτει από τη διεθνή σχέση για τις οδικές μεταφορές, ήτοι 1 κυβικό μέτρο ισούται με 333 κιλά. (β) Για εύφλεκτα, επικίνδυνα και γενικών ΑΟΚ υλικά η επιβάρυνση των τιμών χερσαίας μεταφοράς θα είναι 20%. β) Ο πίνακας αυτός με τους συντελεστές βαρύτητας έχει διαμορφωθεί με βάση το δεδομένο ότι το λιμάνι, στο οποίο υπάρχουν οι αποθηκευτικοί χώροι του μεταφορέα είναι μόνον αυτό της Νέας Υόρκης και για τον λόγο αυτό έχει υπολογιστεί συντελεστής βαρύτητας 0,60 για την Ανατολική Ζώνη (όπου ευρίσκεται η Νέα Υόρκη). Όμως, η Αναθέτουσα Αρχή, αν και τροποποίησε την Διακήρυξη και συμπεριέλαβε σε αυτήν την δυνατότητα να χρησιμοποιούνται και αποθηκευτικοί χώροι σε άλλα λιμάνια

Αριθμός απόφασης: 70/2019

φορτοεκφόρτωσης, που αναγράφονται στην παραγρ. 2.α του παραρτήματος "Ε" της Διακήρυξης και που ευρίσκονται στον Βόρειο Ατλαντικό, τον Νότιο Ατλαντικό και στον κόλπο του Μεξικού, παρέλειψε να διαμορφώσει ανάλογα και τους συντελεστές βαρύτητας στον ΠΙΝΑΚΑ Γ. Ο υπολογισμός των συντελεστών βαρύτητας γίνεται με συσχέτισμό των ζωνών προέλευσης με τις ζώνες προορισμού, από τον οποίο προκύπτουν εναλλακτικοί συντελεστές βαρύτητας, οι οποίοι καλύπτουν όλους τους δυνατούς συνδυασμούς δρομολογίων από και προς τους τόπους φορτοεκφόρτωσης, όπως ενδεικτικά φαίνεται στην υπ' αρ. Φ.602.2/21Α/287246 Σ.3288/5-10-2016 απόφαση του, με την οποία τροποποιήθηκε η συμφωνία-πλαισιο 1/16 για τις θαλάσσιες μεταφορές στρατιωτικών υλικών του ΠΝ από ΗΠΑ σε Ελλάδα και αντίστροφα και στην οποία περιλαμβάνονται έξι (6) εναλλακτικοί τρόποι κοστολόγησης των μεταφορών εντός των ΗΠΑ. γ) Επίσης, οι πίνακες Α και Β του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ της Διακήρυξης περιλαμβάνουν ένα μόνο πεδίο τιμών (Α1, Α2, Α3 και Β1, Β2, Β3 αντίστοιχα), διότι λαμβάνουν ως δεδομένο ότι λιμάνι φορτοεκφόρτωσης είναι μόνον αυτό της Νέας Υόρκης. Όμως, εφόσον υπάρχει η δυνατότητα χρήσης και άλλων λιμανιών των ΗΠΑ, θα πρέπει να περιλαμβάνουν τρία πεδία τιμών (ναύλων), δηλαδή ένα για κάθε μία ζώνη, στην οποία ευρίσκονται τα λιμάνια φορτοεκφόρτωσης, ΑΝΑΤΟΛΙΚΗ, ΔΥΤΙΚΗ και ΚΕΝΤΡΙΚΗ. Με τον τρόπο αυτό οι τιμές, που θα προσφερθούν από τους συμμετέχοντες θα είναι συγκρίσιμες και θα είναι δυνατή η κατάρτιση ορθής οικονομικής προσφοράς και πλέον συμφέρουσας για την Αναθέτουσα Αρχή. δ) Επειδή τα ανωτέρω στοιχεία επηρεάζουν το κόστος της εκτέλεσης του έργου και, συνεπώς, επηρεάζουν το ύψος της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων, η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να προσδιορίσει ειδικότερα τα ανωτέρω, καθιστά προβληματική και επισφαλή την υποβολή από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικής προσφοράς, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και της εταιρείας μας και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού. ε) Για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθούν οι "ΠΙΝΑΚΕΣ Α, Β και Γ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Γ" της Διακήρυξης διότι δεν συνάδουν με την τροποποίηση των παραγράφων 17γ και 18β της Διακήρυξης, δεν έχουν λάβει υπ' όψιν την

δυνατότητα διάθεσης αποθηκευτικών χώρων σε οποιοδήποτε από τα λιμάνια των ΗΠΑ, που αναγράφονται στην παραγρ. 2.α του παραρτήματος "Ε" της Διακήρυξης, αλλά η Αναθέτουσα Αρχή τους έχει διαμορφώσει με δεδομένο ότι το λιμάνι φορτοεκφόρτωσης είναι μόνον αυτό της Νέας Υόρκης».

23. Επειδή, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της Διακήρυξης οι οποίοι είχαν το αυτό περιεχόμενο εξαρχής, απαραδέκτως προσβάλλονται το πρώτον με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η οποία ασκείται κατά της πράξης με την οποία, πλημμελώς, κατά την προσφεύγουσα, συμμορφώθηκε η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 1135/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κατά την εκ νέου διαμόρφωση των ήδη προσβληθέντων με την προηγούμενη προσφυγή της όρων της Διακήρυξης, διότι με την το πρώτον προσβολή με την παρούσα προσφυγή όρων οι οποίοι υπήρχαν εξαρχής στη Διακήρυξη καταστρατηγείται η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία άσκησης της προσφυγής και οι ως άνω όροι θα έπρεπε να έχουν προσβληθεί από την προσφεύγουσα με την πρώτη, κατά της Διακήρυξης, ασκηθείσα προσφυγή της. Σε κάθε, δε, περίπτωση, ο ως άνω λόγος προσφυγής κρίνεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Και τούτο, διότι από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, καθώς και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής προς την ΑΕΠΠ προκύπτει, ότι οι συντελεστές των εν λόγω πινάκων καθορίστηκαν με βάση στατιστικά στοιχεία αναγκών των Ενόπλων Δυνάμεων σε θαλάσσιες μεταφορές από ΗΠΑ προς Ελλάδα, από Ελλάδα προς ΗΠΑ, καθώς και σε χερσαίες μεταφορές εντός ΗΠΑ κατά τα τελευταία έτη και δε σχετίζονται με τα λιμάνια στα οποία εδρεύουν οι αποθηκευτικοί χώροι του μεταφορέα. Τούτος δε ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, ότι δηλαδή, «*οι πίνακες Α και Β του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ της Διακήρυξης περιλαμβάνουν ένα μόνο πεδίο τιμών (Α1, Α2, Α3 και Β1, Β2, Β3 αντίστοιχα), διότι λαμβάνουν ως δεδομένο ότι λιμάνι φορτοεκφόρτωσης είναι μόνον αυτό της Νέας Υόρκης*», ουδόλως απεδείχθη από τον προσφεύγοντα, ενώ αντιθέτως, κρίνεται βάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι οι συντελεστές των εν λόγω πινάκων καθορίστηκαν με βάση τα στατιστικά στοιχεία αναγκών των Ενόπλων Δυνάμεων σε θαλάσσιες μεταφορές από ΗΠΑ προς Ελλάδα, από Ελλάδα προς ΗΠΑ, καθώς και σε

χερσαίες μεταφορές εντός ΗΠΑ κατά τα τελευταία έτη και δε σχετίζονται με τα λιμάνια στα οποία εδρεύουν οι αποθηκευτικοί χώροι του μεταφορέα. Εξάλλου, βάσιμος κρίνεται και σε κάθε περίπτωση κείται εντός των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής ο ισχυρισμός της ότι στατιστικά η πλειοψηφία των κατασκευαστών/επισκευαστικών οίκων εξωτερικού που γίνεται αποστολή υλικών τα τελευταία χρόνια, εδρεύει στην ανατολική ακτή και ως εκ τούτου γεωγραφικά οι λιμένες ανατολικής ακτής (όχι μόνο Ν. Υόρκης) είναι προσφορότεροι, τόσο κατά τη χερσαία μεταφορά των υλικών, όσο και για τη θαλάσσια μεταφορά λόγω απόστασης. Συνεπώς ο εν λόγω λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέθεσε ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα (4.950) ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει την υπ' αρ. Φ/602.2/24/287403/Σ.3527/21-12-2018 απόφαση, κατά το μέρος, α) κατά το οποίο παρέλειψε να περιλάβει στην τροποποίηση των παραγρ. 17γ και 18β του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης την δυνατότητα να διαθέτουν οι ανταποκριτές των οικονομικών φορέων τους απαιτούμενους χώρους στα λιμάνια των ΗΠΑ, εκτός από τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς, β) τους όρους υπ' αρ. 17γ, υπό τον τίτλο "ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ" και υπ' αρ. 18β, υπό τον τίτλο "ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης, κατά το μέρος, που απαιτούν μόνον από τους οικονομικούς φορείς και όχι διαζευκτικά και από τους ανταποκριτές τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ

Αριθμός απόφασης: 70/2019

ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΪΩΣΗΣ", και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα (4.950) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 21 Ιανουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Άννα Ι. Χριστοδουλάκου

Χρήστος Κάτρης