

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Ιανουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει των με αρ. 116 και 118 / 2021 Πράξεων Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στις Προδικαστικές Προσφυγές του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) α) 115/12-01-2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία « *** » και τον διακριτικό τίτλο « *** », που εδρεύει στο *** , νόμιμα εκπροσωπούμενης και β) 116/12-01-2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία « *** » και τον διακριτικό τίτλο « *** », που εδρεύει στην *** , νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του *** *** , που εδρεύει στο *** , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενες προσφυγές ζητείται να ακυρωθεί α) το από Δεκεμβρίου 2020 Τεύχος Τροποποιήσεων/ Διορθώσεων των τευχών δημοπράτησης του έργου «***», για την επιλογή αναδόχου κατασκευής και πενταετούς λειτουργίας του οποίου ο *** *** με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2477/17.11.2020 (ΑΔΑΜ: ***) Διακήρυξη κίνησε διεθνή ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, το οποίο Τεύχος εγκρίθηκε με τη με αρ. 97/2020 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του *** , κατά το μέρος ως προς το οποίο με το εν λόγω Τεύχος και την εν λόγω απόφαση, μεταξύ άλλων, επήλθαν ουσιώδεις μη νόμιμες τροποποιήσεις επί της Διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης του έργου, και β) η παράλειψη του καθ' ου Συνδέσμου να ανακαλέσει τη Διακήρυξη και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης της

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

σύμβασης του έργου, διορθώνοντας τα ουσιώδη σφάλματα και ελλείψεις των εγγράφων και στοιχείων της σύμβασης.

Με την ως άνω προσφυγές, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι να εκδοθεί απόφαση από την ΑΕΠΠ επί των προσφυγών.

Λαμβανομένου υπόψη ότι και οι δύο ως άνω προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και βάλλουν κατά της ίδιας πράξης και ίδιας παράλειψης αυτής, οι οποία, άλλωστε, αφορούν τον ίδιο διαγωνισμό για την ανάθεση της ίδιας σύμβασης, οι υπό κρίση προσφυγές καθώς και το αίτημα περί προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτές προσήκει να εξεταστούν από κοινού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση και των δύο προσφυγών καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 και συγκεκριμένα α) για τη με ΓΑΚ 115/2021 το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *** και β) για τη με ΓΑΚ 116/2021 το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό **, ποσού 15.000,00€ και τα δύο, το οποίο αποτελεί το ανώτατο καταβαλλόμενο ποσό παραβόλου, δοθέντος ότι το αναλογούν ποσοστό 0,5% επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (21.141.418,66€, χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαίρεσης) υπερβαίνει το ποσό αυτό.

2. Επειδή, και οι δύο ως άνω προσφυγές, συναφώς και η εξέταση των κρινόμενων αιτημάτων προσωρινής προστασίας, ανατέθηκαν στο

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

επιληφθέν 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με τα από 12-01-2021 ηλεκτρονικά μηνύματα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, ο *** *** (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «Σύνδεσμος» ή «αναθέτουσα αρχή»), με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2477/17.11.2020 διακήρυξη του κίνησε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 του ν. 4412/16, με αξιολόγηση μελέτης (άρθρο 50 ν.4412/2016), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, χωρίς ΦΠΑ, 21.141.418,66€, για την επιλογή αναδόχου για την επιλογή αναδόχου κατασκευής και 5ετούς λειτουργίας του έργου «*** ». Στο άρθρο 11.3 της διακήρυξης, με τίτλο «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου», μεταξύ άλλων, προβλέπονται τα εξής: «Στο αντικείμενο του έργου περιλαμβάνονται: - Κατασκευή Μονάδας Υποδοχής και Μηχανικής Επεξεργασίας- Κατασκευή Μονάδας βιολογικής επεξεργασίας - Κατασκευή Μονάδας ωρίμανσης - εξευγενισμού του στερεού υπολείμματος της βιολογικής επεξεργασίας - Κατασκευή Χώρου Υγειονομικής Ταφής Υπολειμμάτων (ΧΥΤΥ) - Κατασκευή έργων διαχείρισης υγρών αποβλήτων και αναβάθμισης Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων - Κατασκευή έργων διαχείρισης ομβρίων. - Κατασκευή έργων εσωτερικής οδοποιίας - Κατασκευή απαραίτητων έργων υποδομής - Κατασκευή έργων περιβαλλοντικής παρακολούθησης των εγκαταστάσεων - Προμήθεια του κινητού εξοπλισμού για την λειτουργία. - Δοκιμαστική λειτουργία των εγκαταστάσεων διάρκειας 6 μηνών. - Κανονική λειτουργία των εγκαταστάσεων διάρκειας 5 ετών Κατά την λειτουργία ο ανάδοχος θα αμείβεται σε €/τόνο εισερχόμενου στην εγκατάσταση απόβλητου.» Στο άρθρο 11.1, εξάλλου, της διακήρυξης με τίτλο «Προϋπολογισμός Μελέτης του έργου (εκτιμώμενη αξία της σύμβασης)», μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι «Το έργο ... παρουσιάζει υψηλό βαθμό πολυπλοκότητας και εξειδίκευσης και η ορθή υλοποίηση του είναι μεγάλης σημασίας για την επίτευξη των στόχων του οικείου ΠΕΣΔΑ αναφορικά με τη

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

διαχείριση των ΑΣΑ στην Κρήτη. Επομένως, πρέπει ο σχεδιασμός, κατασκευή και λειτουργία του κατά τα πρώτα χρόνια να εξεταστεί ως ενιαίο και αδιαίρετο σύνολο, οπότε για λόγους εξασφάλισης της ασφαλούς και βέλτιστης λειτουργίας της εγκατάστασης η σύμβαση δε διαιρείται σε τμήματα.»), στο άρθρο 12, δε, με τίτλο «Προθεσμία εκτέλεσης του έργου», ορίζεται ότι «Η συνολική προθεσμία εκτέλεσης της σύμβασης, ορίζεται σε 84 μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης, εκ των οποίων οι πρώτοι 18 μήνες αφορούν στην κατασκευή του έργου, την θέση του σε λειτουργία του και την προμήθεια του κινητού εξοπλισμού, οι επόμενοι 6 μήνες στην δοκιμαστική λειτουργία και οι επόμενοι 60 μήνες στην κανονική λειτουργία. Οι αποκλειστικές και ενδεικτικές τμηματικές προθεσμίες του έργου αναφέρονται στην Ε.Σ.Υ.». Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 20-11-2020 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) ***. Ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό το συστημικό αριθμό ***. Σύμφωνα με το άρθρο 20Α της διακήρυξης, εξάλλου, ο *** *** προσκάλεσε τους δυνάμενους να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς σε παρουσίαση του προς ανάθεση έργου καθώς και σε σχετική διαβούλευση επί των δημοσιευμένων εγγράφων της σύμβασης, στις 04-12-2020, η οποία λόγω των περιοριστικών μέτρων για τον COVID-19 τελικώς πραγματοποιήθηκε στις 10-12-2020. Στη συνέχεια, οι συμμετέχοντες, κλήθηκαν να υποβάλουν, εντός δέκα (10) ημερών, τεύχη παρατηρήσεων, όπως και έπραξαν. Ακολούθως στις 31-12-2020 αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το εγκεκριμένο Τεύχος Τροποποιήσεων/Διορθώσεων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης του έργου, συνάμα δε και η με αρ. 97/2020 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του *** *** με την οποία εγκρίνεται το ως άνω Τεύχος Τροποποιήσεων/Διευκρινήσεων και δίδεται παράταση υποβολής των προσφορών μέχρι τις 5/2/2021. Μετά την ως άνω παράταση μάλιστα ο διαγωνισμός έλαβε νέο συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ υπό τον οποίο διενεργείται (α/α *** ,1). Κατά του ως άνω από Δεκεμβρίου 2020 Τεύχους Τροποποιήσεων/ Διευκρινήσεων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης του

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

έργου επί τω τέλει ακύρωσής του και κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει τη διακήρυξη του διαγωνισμού, οι προσφεύγουσες άσκησαν τις με ΓΑΚ 115 και 116/2021 προδικαστικές προσφυγές τους, για τους λόγους και με τους ισχυρισμούς που σε κάθε μία από αυτές αναπτύσσονται.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (μικτή σύμβαση, με κύριο αντικείμενό της το έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένης όμως της προαίρεσης επιπλέον πέντε ετών λειτουργίας (26.281.453,66€) (= 21.141.418,66€ + 5.140.035,00€), της νομικής φύσης του καθ' ου Συνδέσμου που διενεργεί το διαγωνισμό και των δραστηριοτήτων που ασκεί, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση προκήρυξης του έργου στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 17-11-2020), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, οι κρινόμενες διαφορές διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλονται και τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

5. Επειδή, και οι δύο (2) προσφυγές ασκήθηκαν με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, πιθανολογούνται δε και εμπρόθεσμες, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι το προσβαλλόμενο τεύχος αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προς γνώση όλων των συμμετεχόντων στην επικοινωνία αυτού στις 31-12-2020 και οι προσφυγές ασκήθηκαν στις 11-01-2021, δηλαδή την πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά την παρέλευση της προβλεπόμενης κατά τις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

προθεσμίας για την άσκησή τους που έληγε στις 10-01-2021, που όμως ήταν Κυριακή, δηλαδή ημέρα εξαιρετέα.

6. Επειδή, κατά τα διαλαμβανόμενα και στις δύο προσφυγές, η μεν πρώτη προσφεύγουσα δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην αγορά της μελέτης και κατασκευής δημοσίων έργων, είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, στις κατηγορίες: οδοποιία, τάξη 2η, οικοδομικά, τάξη 2η, υδραυλικά, τάξη 2η, λιμενικά, τάξη 2η, ηλεκτρομηχανολογικά τάξη Α1, βιομηχανικά- ενεργειακά, τάξη 1η, και έργα καθαρισμού και επεξεργασίας νερού και υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, τάξη Α1, η δε δεύτερη δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην αγορά της κατασκευής, λειτουργίας και συντήρησης εγκαταστάσεων διαχείρισης, αποκομιδής και μεταφοράς κάθε μορφής αποβλήτων και απορριμμάτων και οι δύο δε ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό, η δεύτερη προσφεύγουσα μάλιστα συμμετείχε στην προαιρετική διαδικασία διαβούλευσης επί των δημοσιευμένων εγγράφων της σύμβασης του άρθρου 20Α της Διακήρυξης, υποβάλλοντας και σχετικό τεύχος παρατηρήσεων για το έργο και για τα τεύχη δημοπράτησης. Ωστόσο, λόγω των ουσιωδών διορθώσεων/τροποποιήσεων που επέφερε το βαλλόμενο Τεύχος Τροποποιήσεων/ Διευκρινήσεων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης του έργου και οι δύο προσφεύγουσες δυσχεραίνονται να προετοιμαστούν κατάλληλα για να υποβάλουν την καλύτερη δυνατή προσφορά, συναφώς και βάλλουν κατά του ως άνω τεύχους, αλλά και κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, αντί να εκδώσει το εν λόγω τεύχος, να ανακαλέσει τη διακήρυξη και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης της σύμβασης του έργου, διορθώνοντας τα ουσιώδη σφάλματα και ελλείψεις των εγγράφων και στοιχείων της σύμβασης. Κατά συνέπεια, οι προσφεύγουσες πιθανολογείται ότι θεμελιώνουν γενικό έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, να ζητούν την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής.

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

7. Επειδή, ειδικότερα και οι δύο προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι κατά τις διατάξεις των άρθρων 50 και 68 του ν. 4412/2016, όταν μετά τη διαβούλευση με τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς διαπιστώνεται ότι στα στοιχεία των εγγράφων της σύμβασης περιέχονται ουσιώδη σφάλματα ή ελλείψεις, καίτοι επισημαίνονται στα σχετικά τεύχη παρατηρήσεων των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, μη νομίμως ο αναθέτων φορέας δεν ανακαλεί τη διακήρυξη, της δε απόφασής του περί του αντιθέτου και της αιτιολογίας αυτής, όπως εκδηλώνονται με ρητή πράξη ή παράλειψη, δυναμένων να προσβληθούν στα πλαίσια της καθιερούμενης στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας. Συγκεκριμένα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: 1) Με το από Δεκεμβρίου 2020 Τεύχος Τροποποιήσεων/ Διορθώσεων, χωρίς κανέναν λόγο, τροποποιήθηκε το άρθρο 23.4 της Διακήρυξης εις τρόπον ώστε επέρχεται ουσιαστική αλλαγή των όρων της Διακήρυξης, παρότι οι αρχικοί όροι δεν παρουσίαζαν ούτε σφάλματα, ούτε ελλείψεις, καθώς προβλέπεται πλέον ως κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας όχι μόνο η εγγραφή σε συγκεκριμένες κατηγορίες έργων του ΜΕΕΠ, αλλά και σε συγκεκριμένες τάξεις των κατηγοριών αυτών. Η ως άνω τροποποίηση είναι μη νόμιμη, καθώς τροποποιεί όρους της Διακήρυξης που ήταν και σαφείς και ορθοί, σε κάθε περίπτωση προσκρούει στο άρθρο 76 του ν. 4412/2016 και, συνεπώς, υπό οποιαδήποτε εκδοχή είναι μη νόμιμη. Και υπό την εκδοχή όμως ότι η αναθέτουσα αρχή αποκατέστησε ένα σφάλμα στα τεύχη δημοπράτησης, στο μέτρο κατά το οποίο το σφάλμα αυτό αφορά κριτήριο επιλογής, δηλαδή ζήτημα που αφορά τη δυνατότητα ενός οικονομικού φορέα να συμμετάσχει ή όχι στον Διαγωνισμό, το σφάλμα αυτό δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ουσιώδες και, συνεπώς, η τροποποίηση που επήλθε στα τεύχη δημοπράτησης είναι ομοίως ουσιώδης. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, αντί να εκδώσει το επίμαχο Τεύχος, να ανακαλέσει τη Διακήρυξη και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης της σύμβασης του Έργου, προβαίνοντας στις σχετικές αλλαγές. Η επίμαχη αλλαγή, εξάλλου, καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της πρώτης προσφεύγουσας στον διαγωνισμό. 2) Με το ως άνω Τεύχος Τροποποιήσεων,

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

μεταξύ άλλων, τροποποιήθηκε το άρθρο 13.2 της Διακήρυξης, εις τρόπον ώστε απαγορεύεται πλέον ρητά η αρνητική έκπτωση και στις επιμέρους ομάδες εργασιών/τμήματα έργου (άρθρα τιμολογίου) που απαρτίζουν το τμήμα Α (κόστος κατασκευής του έργου της ΜΕΑ και του ΧΥΤΥ), τα οποία έχουν περιληφθεί στον προϋπολογισμό δημοπράτησης. Αντίστοιχα απαγορεύεται ρητά η αρνητική έκπτωση στο τμήμα Β (κόστος προμήθειας κινητού μηχανολογικού εξοπλισμού) και στο τμήμα Γ (κόστος υπηρεσίας λειτουργίας για 5 έτη). Με την παραπάνω τροποποίηση του άρθρου 13.2 της Διακήρυξης, Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε ουσιαστική αλλαγή των όρων της Διακήρυξης, παρότι οι αρχικοί όροι δεν παρουσίαζαν ούτε σφάλματα, ούτε ελλείψεις (το πρόβλημα υφίστατο, όπως προαναφέρθηκε, στην παραμετροποίηση του ηλεκτρονικού συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ στις ανάγκες του Διαγωνισμού και όχι στο κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού), κατά συνέπεια, έλαβε χώρα κατά παράβαση του άρθρου 68 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 20Α της Διακήρυξης είναι, μάλιστα, μη νόμιμη, και διότι προσκρούει στο άρθρο 95 του Ν. 4412/2016. Και υπό την εκδοχή όμως ότι η αναθέτουσα αρχή αποκατέστησε ένα σφάλμα στα τεύχη δημοπράτησης, στο μέτρο κατά το οποίο το σφάλμα αυτό αφορά τον τρόπο συμπλήρωσης της οικονομικής προσφοράς και, κατά συνέπεια, τον τρόπο κατάρτισης εν γένει της τεχνικής προσφοράς στον διαγωνισμό, το σφάλμα αυτό δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ουσιώδες και, συνεπώς, η τροποποίηση που επήλθε στα τεύχη δημοπράτησης είναι ομοίως ουσιώδης. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, αντί να εκδώσει το επίμαχο Τεύχος, να ανακαλέσει τη Διακήρυξη και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης της σύμβασης του Έργου, προβαίνοντας στις σχετικές αλλαγές. Και εξαιτίας της αλλαγής αυτής, εξάλλου, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι καθίσταται αδύνατη, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Η δεύτερη προσφεύγουσα, εξάλλου, επιπλέον του δεύτερου ως άνω ισχυρισμού της πρώτης προσφεύγουσας τον οποίο και η δεύτερη προβάλλει, ισχυρίζεται και τα εξής: Με το βαλλόμενο τεύχος της διακήρυξης δεν διευκρινίζεται, επί της ουσίας, καίτοι τούτο ζητήθηκε, ποιες είναι οι ποσότητες σχεδιασμού της μονάδας ή, αλλιώς, τα δεσμευτικά μεγέθη του έργου, σε ό,τι

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

αφορά τα Α.Σ.Α και τα προδιαλεγμένα ανακυκλώσιμα. Δεν διευκρινίζεται, δηλαδή, αν οι ποσότητες σχεδιασμού είναι: ΑΣΑ 15.000 tn/yr x 1.4 Προδιαλεγμένα 8.600 tn/yr x 1.4 ή ΑΣΑ 15.000 tn/yr (ή 10.714 τόνους ΑΣΑ/έτος x 1.4) Προδιαλεγμένα 8.600 tn/yr (ή 6.143 ανακυκλώσιμα/έτος x 1.4). Από τις διατυπώσεις των τευχών δημοπράτησης και του Τεύχους τροποποιήσεων/διορθώσεων κανείς οδηγείται να σχεδιάσει και κοστολογήσει μονάδα για ποσότητα 15.000 τόνων ΑΣΑ/έτος και 8.600 ανακυκλώσιμα/έτος, με την αιχμή (δηλαδή ποσότητα 10.714 τόνους ΑΣΑ, και 6.143 ανακυκλώσιμα/έτος, άνευ αιχμής). Αντιθέτως, το Τεύχος του Προϋπολογισμού των τευχών δημοπράτησης και τα οριζόμενα στον ΠΕΣΔΑ οδηγούν στον εξής υπολογισμό: ΑΣΑ 15.000 x 1.4 = 21.000 tn/yr, με αιχμή Προδιαλεγμένα 8.600 x 1.4 = 12.040 tn/yr, με αιχμή. Στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 68 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 20Α της Διακήρυξης, όμως, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να αποφανθεί επί όλων των παρατηρήσεων των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, γεγονός το οποίο δεν συνέβη, εν προκειμένω. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον, κατά τα προαναφερθέντα, υφίστανται ουσιώδη σφάλματα (ασάφειες), στο μέτρο κατά το οποίο οι ασάφειες αυτές αφορούν τον τρόπο κατάρτισης εν γένει της τεχνικής προσφοράς και, ως εκ τούτου, και τον τρόπο κατάρτισης της οικονομικής προσφοράς, οι ασάφειες αυτές δεν μπορεί παρά να θεωρηθούν ουσιώδεις και, συνεπώς, η τροποποίηση που έπρεπε να επέλθει στα τεύχη δημοπράτησης είναι ομοίως ουσιώδης. Ως εκ τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να ανακαλέσει τη Διακήρυξη και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης της σύμβασης του Έργου, προβαίνοντας στις σχετικές διορθώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, άλλωστε, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αδυνατεί να υποβάλει νόμιμη προσφορά στον Διαγωνισμό και, πάντως, ο εν λόγω όρος καθιστά τουλάχιστον ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της σε αυτόν. Και τούτο, διότι υπάρχει κίνδυνος είτε να αναγκαστεί να σχεδιάσει την μονάδα με περισσότερη δυναμικότητα παρότι, τελικώς, μπορεί να αρκεί ο σχεδιασμός με μικρότερη δυναμικότητα, με αποτέλεσμα η προσφορά της να είναι λιγότερο ανταγωνιστική, είτε, για να είναι η προσφορά της περισσότερο

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

ανταγωνιστική, να σχεδιάσει την μονάδα με περισσότερη δυναμικότητα, με κίνδυνο αυτή να θεωρηθεί απαράδεκτη.

8. Επειδή, μετά ταύτα, και οι δύο προσφεύγουσες ζητούν την αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως την αναστολή της λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών για τον επίμαχο διαγωνισμό, μέχρις εκδόσεως απόφασης από την ΑΕΠΠ επί των προσφυγών τους.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 20-01-2020 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί των προσφυγών. Σε αυτές, η αναθέτουσα αρχή κατ' ουσίαν συνομολογεί τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας, ισχυρίζεται δε ότι θα προβεί σε σχετικές διορθώσεις, ώστε να αρθούν εκ νέου οι μεταβολές που το προσβαλλόμενο τεύχος επέφερε και βάλλονται με την πρώτη προσφυγή, ως προς τον επιπλέον, όμως, ισχυρισμό της δεύτερης προσφυγής ζητεί την απόρριψή του, επιπλέον δε διατείνεται ότι τυχόν αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας θέτει σε κίνδυνο την επίτευξη των στόχων που έχουν τεθεί από την Εθνική και Κοινοτική Νομοθεσία για τη διαχείριση των Αστικών Στερεών Αποβλήτων στην περιοχή ευθύνης των δήμων Σητείας και Ιεράπετρας, ενώ ο καθ' ου Σύνδεσμος θα επιβαρυνθεί με την καταβολή της περιβαλλοντικής εισφοράς του άρθρου 43 του Ν. 4042/2012. Λαμβανομένων υπόψη, ωστόσο, των ειδικότερων ισχυρισμών του Συνδέσμου, σε συνδυασμό με τη νέα καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφορών και την προθεσμία για την εκτέλεση του έργου, δεν προκύπτουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για τη διενέργεια του διαγωνισμού, χωρίς ούτε μια ολιγοήμερη καθυστέρηση, για κανένα λόγο. Δοθέντος, άλλωστε, ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή μόλις εχθές ανέλαβε τη δέσμευση όπως τροποποιήσει εκ νέου τους όρους της διακήρυξης, αποδεχόμενη εμμέσως τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας και εν μέρει της δεύτερης, πιθανολογείται ότι η διενέργεια του διαγωνισμού θα καθυστερήσει εκ νέου με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής.

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

10. Επειδή, από μίαν απλή επισκόπηση των προσφυγών και των εγγράφων και στοιχείων που ευρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, πιθανολογείται ότι οι προσφυγές δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτες, ούτε προδήλως αβάσιμες. Σε κάθε περίπτωση, περιέχουν συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, κατά του περιεχόμενου του προσβαλλόμενου τεύχους τροποποιήσεων/διευκρινίσεων της επίμαχης διακήρυξης, κατά των οποίων βάλλει που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού των προσφυγών όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών των προσφευγουσών δεν είναι δυνατόν να διαλάβει η παρούσα σύνθεση στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί των αιτημάτων προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), επιφυλασσόμενη να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή της. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας.

11. Επειδή, ενόψει των όσων πιθανολογούνται στη 10^η σκέψη της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία των προσφευγουσών από το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου τεύχους διορθώσεων/διευκρινίσεων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης της σύμβασης και από τη μη ανάκληση της διακήρυξης και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, λόγω των ουσιωδών αλλαγών που τα έγγραφα του υπέστησαν, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, ως ιστορείται στις προσφυγές.

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή των προσφυγών, από τη διενέργεια της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης των προσφευγουσών σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί των προσφυγών τους ότι μη νόμιμα χώρησε ο διαγωνισμός, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

13. Επειδή, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων είναι η αναστολή των προθεσμιών υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό και αποσφράγισής τους. Η διαδικασία υποβολής ερωτημάτων, ωστόσο, από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, καθώς και η παροχή διευκρινίσεων, ως και η έκδοση κάθε άλλης συναφούς με τον διαγωνισμό πράξης της αναθέτουσας αρχής, όπως λ.χ. παράτασης στην προθεσμία υποβολής προσφορών, δεν καταλαμβάνεται από τη χορηγούμενη με την παρούσα αναστολή. Τούτο δε διότι κατά το διάστημα μέχρι την υποβολή προσφορών μπορεί με πράξη της ίδιας της αναθέτουσας αρχής να αρθούν ζητήματα που εγείρονται με τις προσφυγές προ της εξέτασής τους από την ΑΕΠΠ. Προς την κατεύθυνση αυτή άλλωστε φαίνεται από τις απόψεις που κατέθεσε να οδηγείται η αναθέτουσα αρχή για ορισμένες τουλάχιστον αιτιάσεις από αυτές που οι προσφεύγουσες εγείρουν. Δοθέντος, άλλωστε, ότι η εξέταση των προσφυγών έχει ήδη προσδιοριστεί δια των με αριθμούς 116 και 118/2021 Πράξεων του Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ για τις 19-02-2021, η όποια επίπτωση από την αναστολή της προθεσμίας για την υποβολή προσφορών στον διαγωνισμό κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση αυτής της αναστολής θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης σταδίων της διαδικασίας προ της έκδοσης απόφασης της ΑΕΠΠ επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Η αναστολή αυτή, τέλος, προς το σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν έχει αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία. Το μέτρο αυτό, σε κάθε περίπτωση, αίρεται αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 14,15 / 2021

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στις με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 115/2021 και 116/2021 προδικαστικές προσφυγές.

Αναστέλλει, μέχρι την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί των με ΓΑΚ 115/2021 και 116/2021 προδικαστικών προσφυγών, τις προθεσμίες υποβολής και αποσφράγισης προσφορών στον με α/α ΕΣΗΔΗΣ *** ,1 δημόσιο, ανοιχτό, ηλεκτρονικό, διαγωνισμό, τον οποίο ο *** διενεργεί με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής και αξιολόγηση μελέτης, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής και 5ετούς λειτουργίας του έργου «*** » συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, χωρίς ΦΠΑ, 21.141.418,66€ (διακήρυξη με αριθμό πρωτοκόλλου 2477/17.11.2020 και ΑΔΑΜ: *** 2020-11-20).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Ιανουαρίου 2021, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22 Ιανουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου