

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Διαδικασία Προσωρινής Προστασίας

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 28.12.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2004/29.12.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «...» και των όρων της με αριθ. πρωτ. *** Διακήρυξης με αντικείμενο την «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των όρων της υπ'αριθ. *** Διακήρυξης της «...». με αντικείμενο την προμήθεια *** στην ***).

2. Επειδή, η «...» με την υπ'αριθ. *** Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια *** ***), προϋπολογισμού τετρακοσίων ογδόντα χιλιάδων ευρώ (480.000,00€), πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 09.12.2020, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις «...» και στις

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

«...» καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό *** . Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 04.01.2021 και ώρα 10.00 π.μ. και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 12.01.2021 ώρα 09.00 π.μ.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *** ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ (2.400,00 €), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 480.000,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη 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 υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.12.2020 και η προσφεύγουσα, ως δηλώνει στο πεδίο Δ του τυποποιημένου εντύπου προδικαστικής προσφυγής, έλαβε γνώση αυτής στις 16.12.2020 ενώ η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της Προσφυγής έληγε στις 26.12.2020, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα, έληγε στις 28.12.2020, οπότε και ασκήθηκε η υπόψη Προσφυγή.

6. Επειδή, κατά τα διαλαμβανόμενα στην Προσφυγή της, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση αυτής στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού παρόλα αυτά η συμμετοχή της σε αυτόν δυσχεραίνεται λόγω της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, η οποία ορίστηκε σε διάστημα μικρότερο των 35 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της στην Ε.Ε.Ε.Ε., όπως και λόγω των λοιπών όρων της διακήρυξης οι οποίοι παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής αναδόχου και τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή σε κάθε περίπτωση να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα πιθανολογείται ότι θεμελιώνει 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 βάλλει κατά της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

7. 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), 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». 12. 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

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

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».

8. Επειδή, περαιτέρω, 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).

9. 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».*

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

11. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης υποστηρίζοντας τα κάτωθι : Με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νομίμως και κατά πρόδηλη παραβίαση του νόμου, της κοινοτικής οδηγίας και των άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, η Διακήρυξη στο αρ. 1.5 αυτής προβλέπει καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 04.01.2020, ήτοι χρόνο που υπολείπεται της ελάχιστης προθεσμίας των 35 ημερών που ορίζει η νομοθεσία. Ειδικότερα, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίζεται η 4.01.2021 ενώ η σχετική προκήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία εκδόσεων της ΕΕ στις 04. 12.2020, με αποτέλεσμα ο χρόνος

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

για την προετοιμασία υποβολής προσφοράς να περιορίζεται σε μόλις 30 ημέρες αντί για 35 και δη εν μέσω πανδημίας λόγω κορωνοϊού και εν μέσω εορτών Χριστουγέννων και Πρωτοχρονιάς. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, οι ημέρες που απομένουν (συμπεριλαμβανομένων των σαββατοκύριακων) για την προετοιμασία του φακέλου προκειμένου να δυνηθεί να υποβάλλει ορθή προσφορά είναι μόλις 26. Επιπροσθέτως, κατά την προσφεύγουσα, στη σελίδα 54 της Διακήρυξης, περί των δικαιολογητικών που απαιτείται να υποβληθούν με το φάκελο της προσφοράς προβλέπεται ότι πρέπει να υποβληθούν τυπικά γραφήματα καμπυλών απομάκρυνσης οργανικών ρυπαντών με τα αντίστοιχα χρωματογραφήματα. Η έκδοση των εν λόγω χρωματογραφήματων απαιτεί τουλάχιστον 20 εργάσιμες μέρες υπό κανονικές συνθήκες, πολλώ μάλλον εν μέσω πανδημίας και εορτών Χριστουγέννων και Πρωτοχρονιάς. Τούτο διότι, τα εργαστήρια που μπορούν να διεξάγουν τέτοιου είδους αναλύσεις με τα αντίστοιχα χρωματογραφήματα, είναι κλειστά λόγω εορτών ή υπολειπόμενα με το 30-40% του προσωπικού λόγω κορωνοϊού. Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι παρότι ο παρόν διαγωνισμός είναι επαναληπτικός, ενόψει άγονου αποτελέσματος του προηγούμενου, τα ως άνω χρωματογραφήματα αποτελούν νέα πρόσθετη προδιαγραφή που συμπεριελήφθη στην προκείμενη διακήρυξη και ως εκ τούτου πρέπει να αναζητηθούν εξ αρχής προκειμένου να καταστεί δε δυνατή η προετοιμασία και αποστολή τους, ως και ανωτέρω αναφέρεται, απαιτούνται τουλάχιστον 20 εργάσιμες μέρες. Επίσης, με την παρούσα διακήρυξη προβλέπεται η αποστολή νέου δείγματος από τον παραγωγό, που εν προκειμένω για την προσφεύγουσα είναι εργοστάσιο της Κίνας, το οποίο απαιτεί τουλάχιστον 20 μέρες σε κανονικές συνθήκες, και λόγω των ανωτέρω έκτακτων συνθηκών, πολύ περισσότερες. Όλα τα παραπάνω καθιστούν κατά την προσφεύγουσα δυσχερή την υποβολή της προσφοράς της. Ακόμη δε κι αν ήθελε κριθεί ότι η προθεσμία εσυντμήθη από τον αναθέτοντα φορέα κατ' άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που δίδει η παρ. 4 του αρ. 264 του ν. 4412/2016, κατά 5 ημέρες, όλως παρανόμως και δη κατά παράβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς του έλαβε χώρα η ως άνω σύντμηση. Τούτο διότι, η διακριτική ευχέρεια και τα όρια αυτής δεν είναι απεριορίστη, αλλά πρέπει να υφίσταται ειδική και επαρκής αιτιολόγηση, αναφερόμενη

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η σύντμηση εν προκειμένω της ελάχιστης προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ενώ παράλληλα να μην περιορίζεται με την απόφαση αυτή η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και η αρχή της διαφάνειας. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι μη νόμιμος ο όρος της παραγράφου 5.1.1. της διακήρυξης με την οποία ορίζεται ότι : «Σύμφωνα με το αρ. 5.1.1. της Διακήρυξης *«Η πληρωμή του αναδόχου θα πραγματοποιηθεί σε δύο (2) δόσεις: Το 50% του συνολικά προσφερομένου ποσού θα καταβληθεί μετά την παράδοση του προϊόντος στην «...». Το 50% του συνολικά προσφερόμενου ποσού θα καταβληθεί μετά από την ολοκλήρωση της οριστικής ποιοτικής παραλαβής του προϊόντος και το αργότερο εντός ενός (1) έτους από την ημερομηνία παράδοσης στην «...»... Η εξόφληση των τιμολογίων θα γίνεται σε 45 ημέρες από την παραλαβή αυτών από το Τμήμα Προμηθειών ΔΥ & Αποθηκών και την υπογραφή των σχετικών πρωτοκόλλων από την ΕΕΠΠ».* Κατά την προσφεύγουσα, ο ως άνω όρος είναι απολύτως καταχρηστικός, αντιφατικός και πλημμελής, δημιουργεί δε ασάφεια η οποία δύναται σαφώς να οδηγήσει σε οικονομική επιβάρυνση του οικονομικού φορέα που θα αναδειχθεί μειοδότης, ενώ καθίσταται αδύνατος ο οικονομικός προγραμματισμός εκ μέρους της εταιρείας μας προκειμένου να υποβάλλουμε ανταγωνιστική οικονομική προσφορά στον προκείμενο διαγωνισμό. Τούτο διότι με την παράδοση του υλικού, οπότε λαμβάνει χώρα και η ποσοτική παραλαβή, εδίδεται και το σχετικό τιμολόγιο πώλησης, το οποίο περιλαμβάνει ΦΠΑ. Ενόψει δε της παράδοσης του υλικού δεν είναι δυνατή η μη έκδοση τιμολογίου, αφού αυτό θα συνιστούσε φορολογική παράβαση. Εφόσον όμως εκδίδεται τιμολόγιο, καθίσταται απαιτητή η απόδοση ΦΠΑ εντός του επομένου μηνός από την έκδοσή του (λαμβάνομένου υπόψη ότι η εταιρεία μας εμπίπτει - βάσει της μορφής της - στα νομικά πρόσωπα που αποδίδουν ΦΠΑ μηνιαίως). Ενώ, λοιπόν, ο ως άνω όρος προβλέπει εξόφληση τιμολογίων εντός 45 ημερών από την ποσοτική παραλαβή τους, η οποία κατά τα ανωτέρω θα λάβει χώρα εντός μηνός, το πρώτο εδάφιο του αρ. 5.1.1. προβλέπει ότι η οριστική παραλαβή του προϊόντος θα λάβει χώρα εντός ενός έτους (το αργότερο) από την ημερομηνία παράδοσης. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα γεννάται το εύλογο ερώτημα εάν η εταιρεία της ως

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

προμηθευτής θα υποχρεωθεί να εκδώσει τιμολόγιο κατά την παράδοση του υλικού και την ποσοτική παραλαβή του, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, το οποίο θα αποδοθεί εντός του επομένου μηνός, όμως θα εξοφληθεί μετά την ποιοτική παραλαβή, ήτοι μετά την παρέλευση πιθανόν και έτους. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα προσβάλλει ως μη νόμιμο, αόριστο και ασαφή τον όρο της παραγράφου 5.4.3 της διακήρυξης με τον οποίο προβλέπεται ότι: «1. Ο ποσοτικός έλεγχος θα διενεργηθεί σύμφωνα με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η Ειδική Επιτροπή Παρακολούθησης/Παραλαβής της *** ΑΕ.2. Το βάρος του παραδιδόμενου προϊόντος θα καθορισθεί με την άφιξή του και με τα κατάλληλα αποδεικτικά - ζυγολόγια, με δαπάνες του προμηθευτή. Κατά τη διαδικασία της εκφόρτωσης θα αποσταλεί προς ζύγιση αντιπροσωπευτική ποσότητα άνθρακα για επιβεβαίωση των ζυγολογίων, με δαπάνες του προμηθευτή. Το βάρος του προϊόντος θα έχει μια ανοχή 2%, το μέγιστο, λόγω υγρασίας. Κάθε επιπλέον ανοχή πέραν του 2% θα αφαιρείται από την ποσότητα του τιμολογίου πώλησης 3. Η ποσοτική παραλαβή θα ολοκληρωθεί το αργότερο εντός ενός (1) μήνα από την ημερομηνία παράδοσης στην ΕΕΝΟ». Κατά την προσφεύγουσα, ο ως άνω όρος κατά το μέρος που προβλέπεται ότι ο ποσοτικός έλεγχος θα διενεργηθεί με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η Ειδική Επιτροπή Παρακολούθησης/Παραλαβής, είναι τουλάχιστον αόριστος, καταχρηστικός, παράνομος και ανεκτίμητος οποιασδήποτε νομικής/ουσιαστικής και στη συνέχεια δικαστικής εκτίμησης στο σύνολό του, αφού ουδόλως προσδιορίζει βάσει ποιιάς διαδικασίας, υπό ποιες συνθήκες και τυπικές ή ουσιαστικές παραδοχές θα λάβει χώρα η ποσοτική παραλαβή, στοιχεία για τα οποία ουδέν εκτίθεται. Ο αναθέτων φορέας αρκείται μόνο στην αυθαίρετη και δογματική δήλωση ότι η ποσοτική παραλαβή του υλικού που θα προμηθεύσει η εταιρεία που θα αναδειχθεί προμηθεύτρια, θα λάβει χώρα κατά το δοκούν και βάσει απροσδιόριστων συνθηκών, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να μην δύναται να προβεί σε οποιοδήποτε χρονικό και οικονομικό προγραμματισμό για τη σύνταξη της προσφοράς της. Επιπλέον, ο ως άνω όρος είναι παράνομος και κατά το δεύτερο εδάφιο αυτού, σύμφωνα με το οποίο ενώ το παραδιδόμενο προϊόν ζυγίζεται με δαπάνες του προμηθευτή και λαμβάνει τα κατάλληλα αποδεικτικά, ο αναθέτων φορέας με

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

τον ως άνω όρο απαιτεί κατά τη διαδικασία της εκφόρτωσης να λάβει χώρα νέα ζύγιση ενδεικτικής αυτή τη φορά ποσότητας και πάλι με δαπάνες του προμηθευτή. Πλην όμως, το πρόβλημα που ανακύπτει εν προκειμένω είναι βάσει ποιας ποσότητας άραγε θα λάβει τελικά χώρα και ποσοτικός έλεγχος και η παραλαβή? Της πρώτης που αποτελεί τη ζύγιση του συνόλου του προμηθευόμενου υλικού ή της δεύτερης που αφορά ενδεικτική ποσότητα; Και τι θα γίνει αν η ενδεικτική ποσότητα αποδώσει κατά τι μικρότερο βάρος από το αναγραφόμενο στους μεγασάκους, πλην όμως το σύνολο της ποσότητας είναι πράγματι το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη; Θα κριθεί ελλιποβαρής η συνολική ποσότητα με αντίστοιχη απαίτηση του αναθέτοντος φορέα για συμπλήρωση; Όλα τα ανωτέρω, συνιστούν κατά την προσφεύγουσα ασάφειες του προσβαλλόμενου όρου. Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα προσβάλλει ως παράνομα και καταχρηστικά τα προβλεπόμενα στον όρο 5.4.4 της διακήρυξης σε συνδυασμό με τον όρο 5.5 όπου ορίζεται ότι : *«1. Αν σε οποιαδήποτε φάση ελέγχου (ποσοτικού ή ποιοτικού) διαπιστωθεί η οποιαδήποτε παρέκκλιση των αναφερομένων στην παρούσα Τεχνική Περιγραφή, μέρος η όλη η ποσότητα θα απορριφθεί κατόπιν σχετικής απόφασης της Επιτροπής Παραλαβής. Στην περίπτωση αυτή ο προμηθευτής βαρύνεται με όλα τα επιπλέον έξοδα που θα απαιτηθούν για πρόσθετες αναλύσεις σε εργαστήρια επιλογής της Επιτροπής Παραλαβής, αλλά και για όλες τις επιπλέον ενέργειες. Στην περίπτωση αυτή οφείλει να αντικαταστήσει εντός ενός (1) μήνα την απορριφθείσα ποσότητα. 2. Σε περίπτωση απόρριψης, ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να παραλάβει και να μεταφέρει εκτός της «...» το απορριφθέν υλικό. Σε περίπτωση που δεν το πράξει, τότε η *** ΑΕ με δικά της μέσα εκτελεί την εργασία και κατακρατεί όλες τις σχετικές δαπάνες από την εγγύηση καλής εκτέλεσης της Σύμβασης. 3. Σε περίπτωση απόρριψης του υλικού-κατά τον ποσοτικό ή ποιοτικό έλεγχο του- και αντικατάστασής του, ο προμηθευτής βαρύνεται με όλα τα έξοδα του επαναληπτικού ελέγχου του προς αναπλήρωση υλικού καθώς και με όλα τα υπόλοιπα έξοδα που περιγράφονται στην παρούσα Τεχνική Περιγραφή. 4. Σε περίπτωση απόρριψης του υλικού, ο προμηθευτής υποχρεούται να ερευνήσει και να απαντήσει εγγράφως για την έκβαση των ερευνών του περί της ακαταλληλότητας του υλικού, περιγράφοντας όλα τα σχετικά μέτρα που*

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

ελήφθησαν», κατά το μέρος που προβλέπεται η οριστική ποιοτική παραλαβή μετά τον έλεγχο των ιδιοτήτων του προϊόντος κατά τη χρήση του, αλλά και της απόδοσης και συμπεριφοράς του σε περίπτωση αναγέννησης που διεξάγεται από την *** (και όχι από τον προμηθευτή) και δη τη στιγμή που η ίδια η *** συνομολογεί στον ως άνω όρο ότι είναι δυνατή η ανάμιξη του προϊόντος με μέρος παλαιού χρησιμοποιημένου άνθρακα. Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα, με τους ως άνω παράνομους όρους η *** προβλέπει καταχρηστικώς και παρανόμως ότι η οριστική ποιοτική παραλαβή του προϊόντος θα λάβει χώρα όχι μόνο μετά την χρήση του και δη επί ένα έτος, αλλά και μετά τυχόν διαδικασία αναγέννησής του. Όπως δε προβλέπεται στο αρ.5.4.4, παρ. 3, η προμηθευόμενη ποσότητα δύναται είτε να χρησιμοποιηθεί εξ' ολοκλήρου και αποκλειστικά σε δύο κλίνες, είτε τμηματικά σε περισσότερες κλίνες προς αναπλήρωση συνολικών απωλειών αναγέννησης, ήτοι κατόπιν ανάμιξης με παλαιότερο άνθρακα. Ενόψει των ανωτέρω διερωτάται κανείς πως είναι δυνατόν να λάβει χώρα οριστική ποιοτική παραλαβή ενός προϊόντος μετά τη χρήση και την τυχόν αναγέννησή του, πολλώ μάλλον μετά την ανάμιξή του με παλαιότερο άνθρακα δοθέντος ότι οι ιδιότητες του άνθρακα που θα έχει χρησιμοποιηθεί ή αναγεννηθεί, κατόπιν ανάμιξης μάλιστα με παλαιότερο άνθρακα δεν θα είναι πια οι ίδιες, πολλώ δε μάλλον μετά την χρήση και αναγέννηση και δη επί έτους η απορροφητικότητα του άνθρακα δεν θα αγγίζει το 100% . Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η πρόβλεψη στον όρο 5.5. περί ανάλυσης του άνθρακα σε εργαστήρια επιλογής της Επιτροπής Παραλαβής είναι ομοίως αυθαίρετος, παράνομος και καταχρηστικός, αφού ουδεμία σχετική πληροφορία δίνεται σχετικά με το ποιο θα είναι το εν λόγω εξωτερικό εργαστήριο, ποιες θα είναι οι μέθοδοι ανάλυσης που εφαρμόζει και ποιο το κόστος, ώστε να δυνηθεί η εταιρεία της να συμπεριλάβει στην προσφορά της – έστω και ενδεικτικά - σχετική δαπάνη που θα αφορά τυχόν τις αναλύσεις αυτές, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η σύνταξη οικονομικής προσφοράς. Επίσης θα πρέπει να προσδιοριστεί επακριβώς σε περίπτωση διαφωνίας ποιο εργαστήριο θα είναι υπεύθυνο για την διαιτησία καθώς και να προσδιοριστεί επακριβώς η διαδικασία λήψεως δείγματος και αντιδείγματος. Τέλος, κατά την προσφεύγουσα, ομοίως παράνομη και παντελώς ανεδαφική είναι και η πρόβλεψη στο αρ. 5.5. παρ. 1

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

ότι σε περίπτωση απόρριψης του υλικού, ο προμηθευτής υποχρεούται να προβεί σε αντικατάσταση αυτού εντός ενός μηνός από την απορριφθείσα ποσότητα. Τούτο διότι η απόρριψη του υλικού για οποιονδήποτε (νόμιμο ή παράνομο) λόγο απαιτεί την παραγωγή νέου άνθρακα, η οποία είναι αδύνατον να λάβει χώρα και δη να αποσταλεί, ελεγχθεί και παραδοθεί στην *** εντός μηνός, όμως ένας μήνας είναι ο transit χρόνος του πλοίου προκειμένου να φθάσει στο λιμάνι από την ημέρα της φόρτωσης. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα απαιτείται τουλάχιστον ένα τρίμηνο από την έγγραφη ειδοποίηση της *** προκειμένου να καταστεί δυνατή η παράδοση νέου υλικού. Οι ως άνω όροι είναι αυθαίρετοι, καταχρηστικοί και παράνομοι, αποσκοπούν δε στην παγίδευση του προμηθευτή, ο οποίος θα έχει ήδη εκδώσει τιμολόγιο για το προμηθευόμενο προϊόν το οποίο θα αναμένει να εξοφληθεί μετά την ενιαύσια οριστική παραλαβή, πολλώ μάλλον που το άρθρο 5.5 προβλέπει ρητώς ότι οποιαδήποτε παρέκκλιση διαπιστωθεί -σε οποιοδήποτε στάδιο ελέγχου (ποσοτικού ή ποιοτικού)- οδηγεί άνευ ετέρου σε απόρριψη του συνόλου της ποσότητας. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων και δη της υπ' αριθ. *** Διακήρυξης στο σύνολό της, σωρεύοντας επί αυτής αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

12. Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή καθίσταται προφανές ότι απαιτείται ενδελεχής μελέτη του αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης όπως και εξέταση των ειδικότερων όρων και προδιαγραφών της διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας. Σε κάθε δε περίπτωση, η υπό εξέταση Προσφυγή περιέχει συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, με τις οποίες αποδίδονται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη συγκεκριμένες και ρητώς προσδιορισμένες πλημμέλειες και ασάφειες που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης, η οποία δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

13. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι 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.

14. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, του αναθέτοντος φορέα, αλλά και των υπολοίπων ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν όπως και ήδη 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 ακύρωσης κατ' ακολουθίαν της διακήρυξης εν όλω, 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, 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. Συνεπώς, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να αποφευχθεί, στο μεσοδιάστημα έως την οριστική απόφαση επί της υπόψη Προσφυγής, η έκδοση τυχόν μεταγενέστερων πράξεων που ενδέχεται να οδηγήσουν σε επόμενο στάδιο ανώφελων προσφυγών και ως εκ τούτου εν τοις πράγμασι σε σημαντική καθυστέρηση στην ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

15. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα ο αναθέτων φορέας διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους.

16. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος, λαμβανομένου όμως υπόψιν ότι εξίσου σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, καθότι η χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων.

17. 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 και δη η αναστολή των προθεσμιών υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό και αποσφράγισής τους. 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, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην με ΓΑΚ 2004/29.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, και δη τις προθεσμίες υποβολής και αποσφράγισης προσφορών, του διαγωνισμού με α/α στο ΕΣΗΔΗΣ *** , ο οποίος προκηρύχθηκε με την *** Διακήρυξη της ***

Αριθμός Απόφασης : Α289 / 2020

. με αντικείμενο την « *** ***)», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 480.000,00 ευρώ, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου