

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την 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. **** με αντικείμενο την προμήθεια διακοσίων *****.

2. Επειδή, η ***** με την υπ'αριθ. **** Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια διακοσίων ***** ,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 **** στις 09.12.2020, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 11.12.2020 και στις 16.12.2020 καταχωρήθηκε

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής αναδόχου και τα εφαρμοστέα για την

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή σε κάθε περίπτωση να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, όπως οι ισχυρισμοί αυτοί εξειδικεύονται με τους λόγους προσφυγής της.

7. 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 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 ****. Η έκδοση των εν λόγω χρωματογραφημάτων 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 ****, είναι κλειστά λόγω εορτών ή υπολειπόμενων 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 **** αποτελούν νέα πρόσθετη προδιαγραφή που συμπεριελήφθη στην προκειμένη 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.

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 απεριόριστα, αλλά πρέπει να υφίσταται ειδική και επαρκής αιτιολόγηση, αναφερόμενη 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 ****»*. 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

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

απαιτητή η απόδοση ΦΠΑ εντός του επομένου μηνός από την έκδοσή του (λαμβανομένου 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 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 ****.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 ****». Κατά την προσφεύγουσα, ο ως άνω όρος κατά το μέρος που προβλέπεται ότι ο ποσοτικός έλεγχος θα διενεργηθεί με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η ****, είναι τουλάχιστον αόριστος, καταχρηστικός, παράνομος και ανεκτίμητος οποιασδήποτε νομικής/ουσιαστικής και στη συνέχεια δικαστικής εκτίμησης στο σύνολό του, αφού ουδόλως προσδιορίζει βάσει ποιάς 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

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 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 ***** 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

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 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

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 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.

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε με το υπ' αριθ. πρωτ. 152/07.01.2020 έγγραφό του τις απόψεις του επί της υπόψη Προσφυγής, με τις οποίες υποστηρίζει ότι αυτή πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμη και δη αβάσιμη και τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στο ως άνω έγγραφό του.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το από 29.01.2021 Υπόμνημά της, με το οποίο αντικρούει ως αβάσιμες τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα σε αυτό.

10. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής και δη τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι κατά παράβαση νόμου στην Διακήρυξη τέθηκε καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 04.01.2020, η

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

οποία υπολείπεται της ελάχιστης προθεσμίας των 35 ημερών που απαιτεί ο νόμος, διατυπώνονται τα εξής : Στο άρθρο 264 του ν. 4412/16 με τίτλο «Ανοικτή διαδικασία» προβλέπεται ότι : «1. Στην ανοικτή διαδικασία, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών ανέρχεται σε τριάντα πέντε (35) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης στην ****, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 289. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από τον αναθέτοντα φορέα... 3. Όταν επείγουσα κατάσταση καταλλήλως τεκμηριωμένη από τον αναθέτοντα φορέα καθιστά αδύνατη την τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας που προβλέπεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1, ο αναθέτων φορέας μπορεί να ορίζει προθεσμία που δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δεκαπέντε (15) ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. 4. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να συντμήσει κατά πέντε (5) ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1, όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 258». Αντιστοίχως, στο άρθρο 1.5. της Διακήρυξης με τίτλο «Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού» προβλέπεται ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι η 4.1.2021 και ώρα 10:00:00 και στο άρθρο 1.6. της Διακήρυξης με τίτλο «Δημοσιότητα» προβλέπεται ότι η προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση την 4.12.2020 στην ****. Στην κριθείσα περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψιν ότι ο αναθέτων φορέας προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με δυνατότητα υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών, εναργώς προκύπτει ότι έκανε χρήση της δυνατότητας που παρέχεται με το άρθρο 264 παρ. 4 περί σύντμησης της ελάχιστης προθεσμίας των 35 ημερών για την παραλαβή των προσφορών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην ****, κατά πέντε (5) ημέρες. Ως εκ τούτου, δοθέντος ότι, ως ορίζεται στην παράγραφο 1.6 της Διακήρυξης, η προκήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην **** στις 04.12.2020 και ότι ο αναθέτων φορέας νομίμως προέβη στην σύντμηση της προθεσμίας παραλαβής προσφορών κατά 5 ημέρες, τηρουμένης της ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών, νομίμως ορίσθηκε εξ'αρχής ως καταληκτική ημερομηνία

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

παραλαβής των προσφορών η 04^η.01.2021, ήτοι προβλέφθηκε διάστημα 30 ημερών για την παραλαβή των προσφορών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε., ως τούτο άλλωστε προβάλλει με τις απόψεις της και η αναθέτουσα αρχή. Ενόψει των ανωτέρω, απορρίπτεται ως μη νόμιμος και δη αβάσιμος ο πρώτος λόγος προσφυγής, παρέλκει δε ως αλυσιτελής η εξέταση των επιμέρους αιτιάσεων που επικαλείται η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της προς ενίσχυση του ισχυρισμού της ότι το ως άνω διάστημα δεν επαρκεί για την υποβολή της προσφοράς της.

11. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, και δη τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί του μη νόμιμου χαρακτήρα όσων προβλέπονται στην παράγραφο 5.1.1. της διακήρυξης σχετικά με τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου, διατυπώνονται τα εξής : Στο άρθρο 200 του ν. 4412/2016 με τίτλο : «Τρόπος πληρωμής – απαιτούμενα δικαιολογητικά για πληρωμή του αναδόχου» ορίζονται τα εξής : «1. Ο τρόπος πληρωμής και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα καθορίζονται απαραίτητα στη διακήρυξη. 2. Η πληρωμή της αξίας των υλικών ή της υπηρεσίας στον ανάδοχο αν δεν προβλέπεται άλλος τρόπος στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να γίνει με ένα από τους παρακάτω τρόπους: α. Με την εξόφληση του 100% της συμβατικής αξίας μετά την οριστική παραλαβή των υλικών ή της υπηρεσίας {...} 3. Οι παραπάνω τρόποι πληρωμής εφαρμόζονται και στις τμηματικές παραδόσεις εφόσον αυτές προβλέπονται από την σύμβαση. 4. Στις συμβάσεις προμήθειας τα δικαιολογητικά που απαιτούνται είναι κατ' ελάχιστον τα εξής: α) Πρωτόκολλο οριστικής ποσοτικής και ποιοτικής παραλαβής ή σε περίπτωση αυτοδίκαιης παραλαβής, αποδεικτικό προσκόμισης του υλικού στην αποθήκη, σύμφωνα με το άρθρο 208, β) Αποδεικτικό εισαγωγής του υλικού στην αποθήκη του φορέα, γ) Τιμολόγιο του προμηθευτή εις τριπλούν, δ) Εξοφλητική απόδειξη του προμηθευτή, εάν το τιμολόγιο δεν φέρει την ένδειξη «Εξοφλήθηκε», ε) Πιστοποιητικά Φορολογικής Ενημερότητας και Ασφαλιστικής Ενημερότητας σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. 6. Πέραν των ανωτέρω δικαιολογητικών οι αρμόδιες υπηρεσίες που διενεργούν τον έλεγχο και την πληρωμή, μπορούν να ζητήσουν και οποιοδήποτε άλλο δικαιολογητικό, εφόσον προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία ή στα έγγραφα της σύμβασης». Επίσης, στο άρθρο 209 του ίδιου νόμου με τίτλο «Χρόνος

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

παραλαβής υλικών»: ορίζονται τα εξής : « 1. Η παραλαβή των υλικών και η έκδοση των σχετικών πρωτοκόλλων παραλαβής πραγματοποιείται μέσα στον καθοριζόμενο από την σύμβαση χρόνο. {...} 3. Αν η παραλαβή των υλικών και η σύνταξη του σχετικού πρωτοκόλλου δεν πραγματοποιηθεί από την επιτροπή παραλαβής μέσα στον οριζόμενο από τη σύμβαση χρόνο, θεωρείται ότι η παραλαβή συντελέσθηκε αυτοδίκαια, με κάθε επιφύλαξη των δικαιωμάτων του Δημοσίου και εκδίδεται προς τούτο σχετική απόφαση του αρμοδίου αποφαινομένου οργάνου, με βάση μόνο το θεωρημένο από την υπηρεσία που παραλαμβάνει τα υλικά αποδεικτικό προσκόμισης τούτων, σύμφωνα δε με την απόφαση αυτή η αποθήκη του φορέα εκδίδει δελτίο εισαγωγής του υλικού και εγγραφής του στα βιβλία της, προκειμένου να πραγματοποιηθεί η πληρωμή του προμηθευτή». Σχετικά με τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου, στην παράγραφο 5.1. της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής : «5.1.1. 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 ****. 5.1.2. Για την πληρωμή του αναδόχου απαιτείται: α) πρωτόκολλο παραλαβής β) τιμολόγιο του αναδόχου δ) φορολογική ενημερότητα ε) ασφαλιστική ενημερότητα. Η εξόφληση των τιμολογίων θα γίνεται σε 45 ημέρες από την παραλαβή αυτών από το ***** και την υπογραφή των σχετικών πρωτοκόλλων από την ****. Η πληρωμή του συμβατικού τιμήματος θα γίνεται με την προσκόμιση των νομίμων παραστατικών και δικαιολογητικών που προβλέπονται από τις διατάξεις του άρθρου 200 παρ. 5 του ν. 4412/2016, καθώς και κάθε άλλου δικαιολογητικού που τυχόν ήθελε ζητηθεί από τις αρμόδιες υπηρεσίες που διενεργούν τον έλεγχο και την πληρωμή» και στην παράγραφο 5.4.3 ορίζεται ότι : «Η ποσοτική παραλαβή θα ολοκληρωθεί το αργότερο εντός ενός (1) μήνα από την ημερομηνία παράδοσης στην ****». Εν προκειμένω, από τα οριζόμενα στην παράγραφο 5.1.1. της Διακήρυξης σαφώς προκύπτει ότι η πληρωμή του συμβατικού τιμήματος θα λάβει χώρα σε δύο δόσεις, ήτοι το 50% του τιμήματος θα πληρωθεί κατά την παράδοση του υπό προμήθεια είδους (ποσοτική παραλαβή) και το υπόλοιπο 50% θα

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

πληρωθεί μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου ποιοτικής παραλαβής του προϊόντος (ποιοτική παραλαβή), ήτοι εν τέλει το 100% του συμβατικού τιμήματος θα καταβληθεί μετά την οριστική ποσοτική και ποιοτική παραλαβή του προϊόντος κατά τα ως άνω. Τούτο, άλλωστε, ρητώς εκφράζει και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Ειδικώς, σε σχέση με την ποσοτική παραλαβή, εκ των όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι το 50% του συμβατικού τιμήματος θα πληρωθεί μετά την παράδοση του προϊόντος προς την αρμόδια Επιτροπή, η οποία ποσοτική παραλαβή θα ολοκληρωθεί το αργότερο εντός μηνός από την ημερομηνία παραλαβής στην αρμόδια Επιτροπή ενώ το εκδοθέν τιμολόγιο θα εξοφληθεί το αργότερο εντός 45 ημερών από την παραλαβή του από το αρμόδιο Τμήμα και την υπογραφή του σχετικού πρωτοκόλλου από την αρμόδια Επιτροπή. Περαιτέρω, σε σχέση με την ποιοτική παραλαβή, εκ των όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι το υπόλοιπο 50% του συμβατικού τιμήματος θα πληρωθεί μετά την ολοκλήρωση της ποιοτικής παραλαβής του προϊόντος, η οποία ποιοτική παραλαβή θα ολοκληρωθεί το αργότερο εντός ενός (1) έτους από την παράδοση του προϊόντος στην αρμόδια Επιτροπή ενώ το εκδοθέν τιμολόγιο θα εξοφληθεί το αργότερο εντός 45 ημερών από την παραλαβή του από το αρμόδιο Τμήμα και την υπογραφή του σχετικού πρωτοκόλλου από την αρμόδια Επιτροπή. Ενόψει των ανωτέρω, εκ των οικείων όρων της διακήρυξης ουδόλως καθορίζεται ο χρόνος έκδοσης των ζητούμενων τιμολογίων, τα οποία δεν αποκλείεται να εκδίδονται, σε κάθε στάδιο, μετά την υπογραφή του οικείου πρωτοκόλλου, σε κάθε δε περίπτωση, ειδικά σε σχέση με την ποσοτική παραλαβή, εφόσον αυτή ολοκληρωθεί το αργότερο εντός ενός μηνός, ο ανάδοχος δύναται να εκδώσει το σχετικό τιμολόγιο, το οποίο και θα πληρωθεί εντός των 45 ημερών από την παράδοσή του στο αρμόδιο Τμήμα μαζί με το πρωτόκολλο ποσοτικής παραλαβής, εσφαλμένως δε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι θα υποχρεωθεί να εκδώσει τιμολόγιο κατά την παράδοση και ποσοτική παραλαβή, το οποίο θα εξοφληθεί μετά την ποιοτική παραλαβή, ήτοι πιθανόν και μετά την παρέλευση ενός έτους, χωρίς να προκύπτει τι θα εξοφληθεί εντός 45 ημερών. Ο δε ισχυρισμός που προβάλλει με το Υπόμνημά της ότι βάλλει κατά του συγκεκριμένου όρου προκειμένου να καταδείξει ότι είναι δυσανάλογο και πολύ μεγάλο το χρονικό διάστημα του ενός έτους που προβλέπεται για την ολοκλήρωση της ποιοτικής παραλαβής και την εξόφλησή

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

της δεν προβάλλεται υπό αυτήν την έννοια στην προσφυγή της, όπου η προσφεύγουσα εμμένει μόνον στον ισχυρισμό ότι δια του προσβαλλόμενου όρου δεν προκύπτει ποιο ποσό θα εξοφληθεί εντός 45 ημερών όπως και στον ισχυρισμό ότι θα εκδώσει τιμολόγιο που πιθανόν να της εξοφληθεί το επόμενο έτος.

12. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής και τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι είναι μη νόμιμος ο όρος της παραγράφου 5.4.3. της Διακήρυξης σε σχέση με την ποσοτική παραλαβή του προϊόντος, διατυπώνονται τα εξής : Στην παράγραφο 5.4.3. της διακήρυξης με τίτλο «Ποσοτικός έλεγχος – ποσοτική παραλαβή» ορίζεται ότι : «1. Ο ποσοτικός έλεγχος θα διενεργηθεί σύμφωνα με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η *****. 2. Το βάρος του παραδιδόμενου προϊόντος θα καθορισθεί με την άφιξη του και με τα κατάλληλα αποδεικτικά – ζυγολογία, 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 ****». Εν προκειμένω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αυθαιρέτως προβλέπεται στην Διακήρυξη ότι ο ποσοτικός έλεγχος θα ενεργηθεί με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η ***** δεν ευσταθεί διότι στην παράγραφο 2 του όρου 5.4.3. προσδιορίζεται εκ των προτέρων η διαδικασία που θα τηρηθεί για τον ποσοτικό έλεγχο του προϊόντος που θα παραδοθεί στην αρμόδια Επιτροπή. Εξίσου μη νόμιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι εσφαλμένως προβλέπεται στην διακήρυξη ότι η διαδικασία ζύγισης κατά την παράδοση και νέας ζύγισης προς επιβεβαίωση των ζυγολογίων θα λάβουν χώρα με δαπάνες του προμηθευτή. Και τούτο διότι, κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 208 παρ. 2, τελευταίο εδάφιο, το κόστος των ελέγχων που αφορούν στην ποσοτική και ποιοτική παραλαβή επιβαρύνει τον προμηθευτή. Τούτο, άλλωστε, επίσης προβλέπεται και για την περίπτωση της παραγράφου 5 του άρθρο 208, όπου το παραδοθέν υλικό παραπέμπεται για επανεξέταση. Τέλος, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, αφενός ότι εκ της διακήρυξης δεν προκύπτει βάσει ποιας

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

ποσότητας θα λάβει χώρα ο ποσοτικός έλεγχος και η παραλαβή (εννοώντας την αρχική ζύγιση ή την ζύγιση σε δεύτερο χρόνο ενδεικτικής ποσότητας) και αφετέρου ότι δεν υπάρχει καμία πρόβλεψη για την περίπτωση που κατά την δεύτερη ζύγιση η ενδεικτική ποσότητα αποδώσει μικρότερο βάρος από το αναγραφόμενο αρχικώς, αυτοί απορρίπτονται ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2 του όρου 5.4.3., για την περίπτωση που αποσταλεί προς ζύγιση αντιπροσωπευτική ποσότητα άνθρακα για επιβεβαίωση των ζυγολογίων, εκ των προτέρων καθορίζεται ρητώς ότι το βάρος του προϊόντος θα έχει μια ανοχή ποσοστού 2%, το μέγιστο, λόγω υγρασίας όπως και ότι κάθε επιπλέον ανοχή πέραν του 2% θα αφαιρείται από την ποσότητα του τιμολογίου πώλησης. Με άλλα λόγια, στην διακήρυξη υπάρχει πρόβλεψη για την περίπτωση απόκλισης μεταξύ αρχικής ζύγισης και ζύγισης αντιπροσωπευτικού δείγματος, καθορίζεται το ανώτατο ανεκτό όριο απόκλισης και ρυθμίζεται η περίπτωση απόκλισης μεταξύ των ζυγίσεων σε ποσοστό άνω του ως άνω ορίου. Τα παραπάνω σαφώς εκφράζει και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, όπου ειδικώς ισχυρίζεται ότι : *«Όμως η υπό κρίση Διακήρυξη, σαφώς ορίζει τον τρόπο διενέργειάς του ποσοτικού ελέγχου, όπου το βάρος θα καθοριστεί κατά την άφιξή του, σύμφωνα με τα σχετικά ζυγολόγια. Μάλιστα, προς επαλήθευση του βάρους, κατά τη διαδικασία εκφόρτωσης και εάν το κρίνει η Επιτροπή Παραλαβής απαραίτητο, αντιπροσωπευτική ποσότητα άνθρακα θα αποσταλεί προς ζύγιση. Προβλέπεται δε και τι θα γίνει σε περίπτωση απόκλισης άνω του 2%, όριο το οποίο είναι ανεκτό»* όπως και ότι : *«Είναι δε σαφές, ότι τουλάχιστον η ποσοτική παραλαβή, η οποία είναι σαφώς ευχερέστερη από την ποιοτική παραλαβή, θα πραγματοποιηθεί αρχικώς μέσω ελέγχου των ζυγολογίων. Επειδή όμως, μπορεί για παράδειγμα, κατά το στάδιο της μεταφοράς από το τελωνείο προς την *****, να απολεσθεί ποσότητα άνθρακα, εάν το κρίνει αναγκαίο η *****, μπορεί να προβεί και σε ζύγιση αντιπροσωπευτικής ποσότητας άνθρακα (ο τρόπος μάλιστα της ζύγισης ενός προϊόντος, είναι μια πολύ συγκεκριμένη διαδικασία, δίδαγμα κοινής πείρας, που δεν χρειάζεται ιδιαίτερης μνείας και επεξήγησης)»*.

13. Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής και τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί του μη νόμιμου των οριζομένων στις παραγράφους 5.4.4. και 5.5. της Διακήρυξης, διατυπώνονται τα εξής : Στο

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

άρθρο 5.4.4. της Διακήρυξης με τίτλο «Ποιοτικός έλεγχος – ποιοτική παραλαβή» ορίζεται ότι : «1. Ο ποιοτικός έλεγχος θα διενεργηθεί σύμφωνα με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η Επιτροπή Παραλαβής της ****. 2. Η οριστική ποιοτική παραλαβή γίνεται το αργότερο εντός ενός (1) έτους μετά από την ημερομηνία παράδοσης του άνθρακα στην ****. Κατά την παραλαβή στην Εγκατάσταση θα ληφθούν τριάντα (30) αντιπροσωπευτικά δείγματα από τον παρθένο ενεργό άνθρακα, παρουσία του προμηθευτή, τα οποία θα αναλυθούν στο **** ως προς αριθμό ιωδίου, τέφρα και πτητικά και θα γίνει ολοκληρωμένος έλεγχος των χαρακτηριστικών-ιδιοτήτων του **, καθώς και της απόδοσής του κατά τη χρήση του αλλά και της συμπεριφοράς του σε περίπτωση αναγέννησής του. 3. Επισημαίνεται ότι η ποσότητα των 200 τόνων δύναται είτε να χρησιμοποιηθεί εξ' ολοκλήρου και αποκλειστικά σε δύο κλίνες, είτε τμηματικά σε περισσότερες της μίας κλίνης (π.χ. ως αναπλήρωση των συνολικών απωλειών αναγέννησης). Κατά την οριστική ποιοτική παραλαβή του ** δύναται να αποσταλεί δείγμα για ανάλυση σε εργαστήριο αποκλειστικής επιλογής της **, το οποίο ενδέχεται να βρίσκεται στο εξωτερικό ή στο **** ως προς αριθμό ιωδίου, τέφρα και πτητικά. Τα έξοδα αποστολής και αναλύσεων και όλα τα σχετικά έξοδα βαρύνουν τον προμηθευτή» και στο άρθρο 5.5 με τίτλο «Απόρριψη συμβατικών υλικών – Αντικατάσταση» ορίζεται ότι : «5.5. 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 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 απορριφθείς 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 **** 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 έλεγχό του- και αντικατάστασής του, ο προμηθευτής βαρύνεται με τα όλα τα έξοδα του επαναληπτικού ελέγχου του προς αναπλήρωση υλικού καθώς και με όλα τα υπόλοιπα έξοδα που

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

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 ελήφθησαν». Κατ'αρχήν, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αυθαιρέτως προβλέπεται στην Διακήρυξη ότι ο ποιοτικός έλεγχος θα ενεργηθεί με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει σκόπιμο η ***** δεν ευσταθεί διότι στις παραγράφους 2 και 3 του όρου 5.4.4. ο αναθέτων φορέας περιγράφει εκ των προτέρων αναλυτικά την διαδικασία που θα τηρηθεί κατά τον ποιοτικό έλεγχο από την αρμόδια Επιτροπή. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, προβλέποντας ο αναθέτων φορέας ότι η ποιοτική παραλαβή θα γίνει μετά τον έλεγχο των ιδιοτήτων του προϊόντος κατά την χρήση του και της απόδοσης-συμπεριφοράς του σε περίπτωση αναγέννησης, προφανώς συνομολογεί ότι είναι δυνατή η ανάμιξη του προϊόντος με μέρος παλαιού χρησιμοποιούμενου άνθρακα, διότι, ειδάλλως δεν θα ήταν δυνατή η εξαγωγή συμπερασμάτων από την χρήση και αναγέννηση του άνθρακα, για τις οποίες απαιτείται μακρό χρονικό διάστημα (περί τα δύο έτη) ώστε να επέλθει κορεσμός των ιδιοτήτων του, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, ως ορθώς επικαλείται ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, εν προκειμένω η προσφεύγουσα συγχέει το χρονικό διάστημα που απαιτείται για να επέλθει κορεσμός του ενεργού άνθρακα, και το οποίο υπολογίζεται περίπου στα δύο έτη, με το διάστημα που απαιτείται για να εξαγάγει κανείς εργαστηριακά αποτελέσματα σε πραγματικές συνθήκες σε σχέση με την συμπεριφορά κατά την χρήση και αναγέννηση του προϊόντος, το οποίο υλοποιείται μέσα από μια τεχνική διαδικασία διάρκειας 50 ημερών. Ως εκ τούτου, εκ των όρων της διακήρυξης σε καμία περίπτωση δεν προκύπτει ότι για την ολοκλήρωση των διαδικασιών ποιοτικού ελέγχου μέρους του παραληφθέντος άνθρακα θα αναμιχθεί με παλαιό χρησιμοποιημένο άνθρακα, αντιθέτως η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου σαφώς περιγράφεται ως μια διαδικασία εργαστηριακής εξέτασης εντός της οποίας λαμβάνει χώρα και η πρακτική δοκιμασία της χρήσης και αναγέννησης του προϊόντος. Άλλωστε, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του διευκρινίζει ότι ο έλεγχος του προμηθευμένου άνθρακα θα πραγματοποιηθεί χωρίς ανάμιξη με παλαιό χρησιμοποιημένο. Σε σχέση δε με τον έλεγχο των πτητικών, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, επισημαίνει ότι η

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

συγκεκριμένη παράμετρος είναι επουσιώδης, γι'αυτό και στην διακήρυξη δεν τίθενται επιτρεπτά όρια αποδοχής, ούτε γίνεται ειδική αναφορά σε αυτήν, συνεπώς αρκεί μόνον να μετρηθεί, απορριπτομένων ως εκ τούτου ως αβάσιμων όσων ισχυρίζεται η προσφεύγουσα περί ελλιπούς πρόβλεψης στην διακήρυξη των σχετικών προδιαγραφών για τα πτητικά. Ομοίως ως αβάσιμος απορρίπτεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι παρανόμως και καταχρηστικώς ο αναθέτων φορέας δεν παρέχει καμία πληροφορία σε σχέση με το εξωτερικό εργαστήριο που θα ενεργήσει τον ποιοτικό έλεγχο και τις μεθόδους ανάλυσης που θα εφαρμοσθούν. Και τούτο διότι, αφενός μεν στην παράγραφο 2 του όρου 5.4.4. της διακήρυξης προβλέπεται ότι κατ'αρχήν τα δείγματα άνθρακα θα αναλυθούν στο ****, αφετέρου δε, για την περίπτωση που κριθεί ότι απαιτείται να αποσταλεί δείγμα για περαιτέρω ανάλυση, εκ των προτέρων ορίζεται ότι εναπόκειται στην κρίση της ****, ως κατεξοχήν αρμόδιας για τον ποιοτικό έλεγχο, να επιλέξει το εξωτερικό εργαστήριο που θα συνεργαστεί. Με άλλα λόγια, με τους όρους του άρθρου 5.4.4. προδιαγράφονται εκ των προτέρων οι ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει να τηρηθούν σε σχέση με την επιλογή του εργαστηρίου ποιοτικού ελέγχου του προϊόντος, σε καμία δε περίπτωση δεν δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η πρόβλεψη το εξωτερικό εργαστήριο να επιλέγεται αποκλειστικά από την ***** είναι καταχρηστική, δοθέντος ότι η συγκεκριμένη Επιτροπή είναι εκ του νόμου ειδικώς επιφορτισμένη με όλα τα καθήκοντα που αφορούν στο έργο της παραλαβής. Τέλος, ως προς τον ισχυρισμό ότι εξίσου παράνομη είναι η πρόβλεψη της παραγράφου 1 του άρθρου 5.5. ότι σε περίπτωση απόρριψης του υλικού, ο προμηθευτής υποχρεούται να προβεί σε αντικατάσταση αυτού εντός ενός (1) μηνός από την απορριφθείσα ποσότητα, αυτός προβάλλεται κατ'αρχήν απαραδέκτως. Και τούτο διότι προς θεμελίωση του ισχυρισμού της η προσφεύγουσα επικαλείται ότι σε περίπτωση απόρριψης υλικού σημαίνει ότι απαιτείται παραγωγή νέου άνθρακα, η οποία είναι αδύνατον να λάβει χώρα και εν συνεχεία να αποσταλεί, να ελεγχθεί και να παραδοθεί στην **** εντός μηνός, αντιθέτως στην περίπτωση αυτή απαιτείται τουλάχιστον τρίμηνο από την έγγραφη ειδοποίηση της **** για να καταστεί δυνατή η παράδοση του νέου υλικού. Όμως με τους ισχυρισμούς αυτούς η προσφεύγουσα επιχειρεί να προδιαγράψει τον προσβαλλόμενο όρο αναλόγως των δικών της αναγκών και επιχειρηματικών δραστηριοτήτων, το οποίο, σε καμία περίπτωση δεν

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021

υποχρεούνται να λάβει υπόψιν του ο αναθέτων φορέας, κατά την διαμόρφωση του οικείου όρου, ο οποίος απαιτείται κατ'αρχήν να διαμορφώνεται με βάση τις δικές του ανάγκες και τηρουμένου του εύλογου μέτρου. Δοθέντος δε ότι η αντικατάσταση δεν αφορά μόνον το σύνολο αλλά και μέρος της ζητούμενης ποσότητας άνθρακα σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το προμηθευθέν υλικό είναι απαραίτητο για την παροχή πόσιμου νερού, οπότε δικαιολογείται η κατά το δυνατόν αμεσότερη προμήθεια αυτού, ευλόγως ο αναθέτων φορέας απαιτεί την αντικατάσταση εντός ενός μηνός από την απορριφθείσα ποσότητα.

14. Επειδή, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 10-13, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι λόγοι προσφυγής και ως εκ τούτου κρίνεται απορριπτέα η υπόψη Προσφυγή.

15. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ****, ποσού 2.400,00 πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 2.400,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 25 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Η Γραμματέας

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου

Αριθμός Απόφασης: 387 / 2021