

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Ιανουαρίου 2017 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/417/29-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/73/29-12-2017 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΠΑΥΛΟΥ ΜΕΛΑ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 20-12-2017 της υπ' αριθμ. 1017/2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 64982/8-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 42966/8-8-2017 διακήρυξη δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την Προμήθεια Ελαιολιπαντικών και Προσθέτων, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 141.862,50 ευρώ. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 18/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 18179215495802260044 και ποσού ευρώ 710,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 28-12-2017 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 20-12-2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος έγινε δεκτός, ως επικαλείται στο ως άνω στάδιο, βάλλει ειδικότερα κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διακηρύχθηκε προς ενιαία ανάθεση για το σύνολο των υπό προμήθεια αγαθών κατά το άρ. 1.3 της διακήρυξης, η δε προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και προδιαγραφές που είχε θέσει η αναθέτουσα και η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει τα αποδεικτικά στοιχεία που τεκμηριώνουν την καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, μεταξύ των οποίων αναφέρονται υποχρεωτικά και τα προβλεπόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές αποδεικτικά στοιχεία κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, ο έτερος διαγωνιζόμενος ... έπρεπε να αποκλειστεί, η δε προσβαλλόμενη αντιστοίχως δια του μη αποκλεισμού της, έσφαλε κατά τους ακόλουθους λόγους. Πρώτον, για το υπ' αρ. 8 προϊόν της αναπόσπαστης της Διακήρυξης Μελέτης, ήτοι Λάδι Οδοντωμάτων SAE 80W/90, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος προσέφερε το προϊόν ... EP SAE 80W/90, με προδιαγραφές API GL-5, το οποίο όμως δεν πληροί την προδιαγραφή API GL-4 στο τεχνικό φυλλάδιο ούτε και στο έγγραφο έγκρισης του Γενικού Χημείου του Κράτους και αρ. καταλόγου, σε αντίθεση με τις επί ποινή αποκλεισμού τεχνικές προδιαγραφές. Δεύτερον, για το προϊόν με αρ. 15 προσέφερε το προϊόν ... LITHIUM EP το οποίο και δεν καλύπτει τη μοναδική απαιτούμενη από τη μελέτη προδιαγραφή Timken. Τρίτον, ότι για το προϊόν με αρ. 17 προσέφερε

Αριθμός απόφασης: 18/2018

τον Σταθεροποιητή Πετρελαίου και Βιοντίζελ, ο οποίος δεν καλύπτει τη μοναδική αιτούμενη από τη μελέτη προδιαγραφή περί συμμόρφωσης με τον 1907/2006 Κανονισμό (ΕΚ) Παράρτημα II. Τέταρτον, ότι για το προϊόν με α/α 12 προσέφερε το προϊόν ... της εταιρίας ..., όμως αυτό θα παρασκευαστεί στο εργοστάσιο της τελευταίας στη Γερμανία, όπως φαίνεται και από το συνοδευτικό τεχνικό φυλλάδιο, ενώ τα πιστοποιητικά ISO 9001/2008, 14001/2004 και OHSAS 18001/2007 αφορούν εργοστάσιο του κατασκευαστή στο Ηνωμένο Βασίλειο. Πέμπτον, ότι για τα προϊόντα με α/α 16 και 17 προσέφερε προϊόντα του κατασκευαστή και κατέθεσε τα ISO 9001/2008, 14001/2004, OHSAS 18001/2007 του εργοστασίου του τα οποία αφορούν άλλο σκοπό και δραστηριότητες από το αντικείμενο του διαγωνισμού, ήτοι Λιπαντικά και Πρόσθετα. Ο δε παρεμβαίνων με την από 7-1-2018 παρέμβασή του επικαλείται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι ο οικείος όρος της διακήρυξης θέσπιζε εναλλακτική και όχι σωρευτική προδιαγραφή, την οποία πληροί, ως προς τον δεύτερο λόγο ότι το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος του είναι διατυπωμένο βάσει εναλλακτικής και ισοδύναμης, σε κάθε περίπτωση εγκεκριμένης με Απόφαση του Ανώτατου Χημικού Συμβουλίου, μεθόδου περί ελέγχου των ιδιοτήτων υψηλών πιέσεων, ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής ότι ο οικείος όρος της διακήρυξης καλύπτεται από την υπεύθυνη δήλωσή που υπέβαλε με την προσφορά του περί συμμόρφωσης με την ελληνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία, ότι η διακήρυξη δεν προέβλεπε τρόπο απόδειξης αλλά και ότι η συμμόρφωσή του με την οικεία προδιαγραφή προκύπτει από Φυλλάδιο Ασφαλείας του προϊόντος του που το πρώτον προσκόμισε ενώπιον της ΑΕΠΠ με την παρέμβασή του, ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ότι το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος του αναφέρει απλώς τη διεύθυνση της μητρικής εταιρίας του ομίλου του κατασκευαστή στη Γερμανία, ενώ επειδή ο όμιλος διαθέτει πολλά εργοστάσια ανά τον κόσμο, διέθεσε σε αυτόν τα οικεία πιστοποιητικά του εργοστασίου στο Ηνωμένο Βασίλειο, ως προς τον πέμπτο δε λόγο της προσφυγής, ότι στον σκοπό των οικείων πιστοποιητικών περιλαμβάνονται τα «αναλώσιμα και εργαλεία για μέσα μεταφοράς», στα οποία συμπεριλαμβάνονται και τα οικεία προσφερόμενα προϊόντα στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 18/2018

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων που διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 42966/8-8-2017 διακήρυξη δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την Προμήθεια Ελαιολιπαντικών και Προσθέτων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, CPV: 09211100-2, 09211000-1, 09211650-2, 09211400-5, 09211600-7, 24963000-2, 24311000-7, 09211100-2, 24951310-1, 24951311-8, 24316000-2, 24951000-5, 24951100-6 09211600-7, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 141.862,50 ευρώ, δημοσιευμένου στο ΚΗΜΔΗΣ την 9-8-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001786757 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 11-8-2017 με συστημικό α/α 43838.. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 20-12-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως Προσφυγής, αφού έγινε αποδεκτός για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, και έτσι προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό των άλλων συμμετεχόντων στο ίδιο τμήμα. Η δε Παρέμβαση ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος από τον παρεμβαίνοντα, περί του αποκλεισμού του οποίου ασκείται η προσφυγή, όπως και εμπροθέσμως την 7-1-2018, ήτοι εντός του κατ' άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεκαημέρου από την από 29-12-2017 κοινοποίηση της προσφυγής, νομίμως δε υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του παρεμβαίνοντος. Επομένως, τόσο η προσφυγή όσο και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατά την ουσία τους.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά την Τεχνική Μελέτη 13/2017, που συνιστά κατά τον όρο 2.1.1 της διακήρυξης συνημμένο παράρτημα και αναπόσπαστο τμήμα αυτής

Αριθμός απόφασης: 18/2018

και δη όσον αφορά τις θεσπιζόμενες τεχνικές προδιαγραφές, στον όρο 2 προϊόν 8 αναφέρονται τα εξής «*Λάδι οδοντωμάτων SAE 80W/90 (Βαλβολίνη) με crvs 09211400-5 Πρόκειται για ενισχυμένη πολύτυπη βαλβολίνη πολλαπλών χρήσεων, με βασικό λάδι υψηλού δείκτη ιξώδους, τυποποίησης SAE 80W/90 με ειδικά πρόσθετα υψηλών πιέσεων EP, και με πρόσθετα κατά της φθοράς και της τριβής. Κατάλληλη για την λίπανση κιβωτίων ταχυτήτων και διαφορικών (ελικοειδών και κωνικών οδοντωτών τροχών). Θα παρουσιάζει υψηλή χημική σταθερότητα και θα παρέχει απόδοση σε υψηλές θερμοκρασίες και συνθήκες μεγάλης καταπόνησης. Θα προστατεύει τις μεταλλικές επιφάνειες των κιβωτίων από φθορές, την σκουριά και την διάβρωση. Θα πληροί τουλάχιστον προδιαγραφές API GL-4/GL-5*». Κατά την παραδεδεγμένη ευρέως χρήση των σημείων στίξης του κοινού γραπτού λόγου στο πλαίσιο της Νέας Ελληνικής, η πλάγια γραμμή “/” συνιστά παυστικό σημείο στίξης το οποίο εισάγεται για να δηλωθεί διάζευξη, εναλλακτική διατύπωση, παράλληλη δυνατή συνύπαρξη (άρα διάζευξη) μεταξύ του περιεχομένου των δύο ή περισσότερων λέξεων που ακολουθούν. Αντίθετα, αν μη τι άλλο σπανίως χρησιμοποιείται για να δηλωθεί σώρευση, ήτοι αντί του συμπλεκτικού και δηλούντος σώρευση συνδέσμου “και”. Σε κάθε περίπτωση και δεδομένης της κατά τα ως άνω κοινής χρήσης του σημείου στίξεως, η παραπάνω διατύπωση “τουλάχιστον προδιαγραφές .../...” παραπέμπει στο ότι για την πλήρωση του όρου αρκεί η κατοχή της μίας ή της άλλης προδιαγραφής, σε αντίθεση με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος και υπό αυτή την έννοια θα μπορούσε να εκληφθεί και να γίνει κατανοητή από τον μέσο εύλογης αντίληψης οικονομικό φορέα. Και αν ακόμη, εξάλλου, η διακήρυξη σκοπούσε στην καθίδρυση σωρευτικής προδιαγραφής, τότε όφειλε να πράξει τούτο με σαφήνεια ή έστω θα έπρεπε να προκύπτει με άλλες λέξεις, διατυπώσεις και φράσεις που θα καθιστούσαν προφανές πως παρά την ύπαρξη του σημείου στίξεως “/”, η οικεία απαίτηση ήταν σωρευτική και όχι εναλλακτική/διαζευκτική. Άλλη δε ερμηνεία προσκρούει στην αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης που απαγορεύουν στην αναθέτουσα να μεταβάλει την κανονιστικά δεσμευτική τόσο για την ίδια όσο και για τους συμμετέχοντες διακήρυξη το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 187, 233, 234, 236, 246, 252 και 253/2017). Περαιτέρω, ο επικαλούμενος από τον προσφεύγοντα αποκλεισμός άλλων οικονομικών φορέων σε άλλους διαγωνισμούς βάσει της

Αριθμός απόφασης: 18/2018

κατά τα ως άνω και πάντα σύμφωνα με τον ίδιο θεώρησης ότι η διατύπωση περί προδιαγραφών “.../...” συνιστά όρο περί σωρευτικής κατοχής προδιαγραφών, πολλώ δε μάλλον ότι τούτο είναι κατανοητό και σαφές από την παραπάνω διατύπωση, όπως και η εκ μέρους του ΕΛΣυν έγκρισης της διαδικασίας στο πλαίσιο του προληπτικού ελέγχου, πέραν του ότι προσκρούει στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.) , περαιτέρω αντιβαίνει στις κατά τα ως άνω πάγιες και ενωσιακής προέλευσης δικαιοϊκές αρχές, ουδόλως δεσμεύουν την ΑΕΠΠ. Εξάλλου, ούτε οι αποφάσεις της διοίκησης παράγουν δεδικασμένο ή οποιαδήποτε γενική νομική δεσμευτικότητα ως προς τις γενικές κρίσεις επί των οποίων ερείδονται ούτε η επικαλούμενη Πράξη του ΕΛΣυν υπεισήλθε ειδικώς στο ζήτημα του λόγου αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που κατά τον προσφεύγοντα αποκλείσθηκαν βάσει της παραπάνω διατύπωσης ή περιέλαβε καμία ειδική προς τούτο σκέψη. Ούτε δεδικασμένο ή γενική νομολογιακή δέσμευση μπορεί να νοηθεί ότι παράγεται περί ειδικού λόγου αποκλεισμού προσφοράς βάσει του τρόπου διατύπωσης μιας τεχνικής προδιαγραφής και δη του τρόπου ερμηνείας σημείου στίξεως στη διατύπωση των προδιαγραφών κατά την εφαρμογή άλλης διακήρυξης από τη γενική φράση “με νόμιμη και επαρκή αιτιολογία” εντός πράξης του ΕΛΣυν στα πλαίσια προσυμβατικού ελέγχου διαφορετικής διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο δε, ασχέτως ότι δεν νοείται δεδικασμένο ή δέσμευση της ΑΕΠΠ από νομολογία, σε ζητήματα που ανάγονται στην κοινή γνώση και πείρα, μεταξύ των οποίων και η έννοια των σημείων στίξης στη Νέα Ελληνική Γλώσσα και ότι η κρίση του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού στην ως άνω έτερη και άσχετη με την προκείμενη διαδικασία περί του ότι όπου ζητούνται περισσότερες της μιας προδιαγραφές, αυτές υποχρεωτικά ισχύουν σωρευτικά ουδόλως καθιερώνει κάποιον κανόνα. Αντίστροφα η λήψη υπόψη μιας τέτοιας διατύπωσης, η οποία αν υποτεθεί ως θεσπίζουσα σωρευτική προϋπόθεση είναι τουλάχιστον ασαφής και πολύ περισσότερο η το πρώτον κατά την αξιολόγηση ερμηνεία της ως μόνου και επαρκούς λόγου αποκλεισμού μιας προσφοράς και ιδίως η λήψη υπόψη της παραπάνω κρίσεως ως κανόνα γενικής εφαρμογής, προσκρούει όχι μόνο στις αρχές της τυπικότητας, της σαφήνειας, της διαφάνειας, της μη απεριορίστης ευχέρειας της αναθέτουσας κατά το στάδιο της αξιολόγησης και εν τέλει στην αρχή του αποτελεσματικού

Αριθμός απόφασης: 18/2018

ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 187, 209, 231/2017), αλλά και στα ίδια τα διδάγματα της κοινής πείρας, όπου το σημείο “/” σημαίνει “ή” ή “εναλλακτικά” και φυσικά τούτο δεν συνιστά σωρευτική υποχρέωση. Συνεπώς, δεν δύναται να υποτεθεί πλέον ότι η διακήρυξη θέσπισε προϋπόθεση για τα προϊόντα που είχαν την προδιαγραφή GL-5, να έχουν συγχρόνως και την προδιαγραφή GL-4 και επομένως οι περαιτέρω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί προδιαγραφής MT-1 προβάλλονται αλυσιτελώς και πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

5. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι η διακήρυξη με τη φράση “*Θα καλύπτει τις προδιαγραφές Timken*”, στον οικείο όρο της Τεχνικής Μελέτης για το προϊόν 15, ουδεν προέβλεψε για τον τρόπο απόδειξης της. Ούτε ο προσφεύγων εξηγεί για ποιο λόγο το προϊόν που προσέφερε ο παρεμβαίνων δεν καλύπτει την ως άνω προδιαγραφή, δεδομένου εξάλλου ότι ο έλεγχος που ασκείται δια της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής ανάγεται στην έρευνα της ουσιαστικής αλήθειας. Η δε ΑΕΠΠ δύναται να αναζητήσει αυτεπαγγέλτως τα στοιχεία εκείνα που θα επιτρέψουν τη διακρίβωση ενός προβαλλόμενου ισχυρισμού, τούτο όμως δεν σημαίνει ότι ο προσφεύγων παύει να φέρει το βάρος επίκλησης και καταρχήν τουλάχιστον, απόδειξης, συνθήκη που προϋποθέτει αν μη τι άλλο σαφείς, ορισμένους και συγκεκριμένους λόγους (Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Ο προσφεύγων εν προκειμένω επικαλείται απλώς ότι δεν πληροίται η οικεία προδιαγραφή, χωρίς να εξηγεί γιατί και πως προκύπτει η μη πλήρωση, πολύ περισσότερο πως θα προέκυπτε η πλήρωσή της. Εξάλλου, πέραν του ότι δεδομένης της ως άνω ασάφειας της διακήρυξης, η μη τήρηση συγκεκριμένου αποδεικτικού τύπου περί πληρώσεως της παραπάνω προδιαγραφής δεν δύναται να αντιταχθεί πλέον και το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης, συγχρόνως κατ’ άρ. 54 παρ. 1, 2, 3 περ. β’ και παρ. 6 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

Αριθμός απόφασης: 18/2018

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: ... β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, 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»,... 6. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».». Τούτο σημαίνει, ότι ακόμη και αν η διακήρυξη θέτει τεχνική προδιαγραφή διατυπωμένη με βάση συγκεκριμένη τεχνική διαδικασία, πάντα θα πρέπει αυτή να λαμβάνεται υπόψη ως ικανοποιούμενη και με όποια ισοδύναμη απόδειξη, προδιαγραφή και αντίστοιχη διαδικασία. Εν προκειμένω, ο μεν παρεμβαίνων επικαλείται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του προϊόντός του, όπως εκφράζονται στο οικείο τεχνικό φυλλάδιο που αυτός υπέβαλε, έχουν διατυπωθεί με βάση τέτοια

Αριθμός απόφασης: 18/2018

αντίστοιχη μέθοδο, η οποία μάλιστα είναι εγκεκριμένη και από το Ανώτατο Χημικό Συμβούλιο (322/00 Απόφαση, ΦΕΚ 122/Β/7-2-2001, Πίνακας 3 “Ιδιότητες Υψηλών Πιέσεων: ASTM D2596”). Ο δε προσφεύγων ουδέν αντίθετο ισχυρίστηκε ούτε εξάλλου αποδεικνύει αν η αντίστοιχη ως άνω μέθοδος διατύπωσης δεν καλύπτει την παραπάνω προδιαγραφή. Περαιτέρω, όμως, σε κάθε περίπτωση, καίτοι η ως άνω Απόφαση Ανώτατου Χημικού Συμβουλίου καθιερώνει την ως άνω αποδεκτή μέθοδο ελέγχου περί ιδιότητας υψηλών πιέσεων, η διακήρυξη, η οποία εξάλλου έγινε ανεπιφύλακτα δεκτή από τους μετέχοντες και δεν μπορεί πλέον να αμφισβητηθεί ή να υποβληθεί σε παρεμπόπτοντα έλεγχο, ουδόλως εμποδίζεται να θεσπίσει τυχόν διαφορετικές κατά την ουσία τους, τον τρόπο και τα κριτήρια ελέγχου τους ως και το συγκριτικό αντικείμενο και ποιοτικό όριο ελέγχου (benchmarking) προδιαγραφές, ακόμη και αυστηρότερες. Οι δε παραπάνω νομοθετικές προβλέψεις περί «ισοδύναμου» προϋποθέτουν ουσιαστική ισοδυναμία μεταξύ των θεωρούμενων ως «ισοδύναμων» μέσων πλήρωσης προδιαγραφής, ήτοι αντιστοιχία εφαρμοζόμενης μεθόδων, ελεγχόμενου αποδεικτικού αντικειμένου και ουσιαστικών χαρακτηριστικών που συνεπάγονται την πλήρωσή τους, υπό την έννοια ότι ένα προϊόν που πληροί την ισοδύναμη προδιαγραφή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να πληροί και την καταρχήν ζητούμενη. Εν προκειμένω, δεν προκύπτει ούτε αν η μέθοδος Timken είναι, κατά τα ως άνω οριζόμενα περί τρόπου απόδειξης του ισοδύναμου, ισοδύναμη με τη μέθοδο ASTM D2596 ούτε πολύ περισσότερο αν το επίμαχο προϊόν 15 πληροί τις προδιαγραφές της μεθόδου Timken, ιδίως δεδομένου ότι κατά τη διεθνή βιβλιογραφία (βλ. ενδεικτικά Sina Ebnesajjad και Richard Morgan, Fluoropolymer Additives (Οξφόρδη, Ηνωμένου Βασιλείου: Elsevier, 2012), σελ. 77), το ακριβές ισοδύναμο του κριτηρίου ελέγχου ακραίας πίεσης Timken (Timken EP Test/Timken OK LOAD) στη νομενκλατούρα τεχνικών προτύπων ASTM, είναι (βλ. και επίσημο ηλεκτρονικό τόπο προτύπων ASTM) όσον αφορά τα γράσα, όπως το προϊόν 15 της προκείμενης διαδικασίας, το πρότυπο ASTM D-2509 Standard Test Method for Measurement of Load-Carrying Capacity of Lubricating Grease (Timken Method) και όχι το ASTM D-2596 Standard Test Method for Measurement of Extreme-Pressure Properties of Lubricating Grease (Four-Ball Method). Συνεπώς, όντως προκύπτει από το προσκομισθέν τεχνικό φυλλάδιο του παρεμβαινόντος ασάφεια περί του αν το

Αριθμός απόφασης: 18/2018

συγκεκριμένο προϊόν που προσέφερε για το προϊόν 15 της Τεχνικής Μελέτης “Γράσο λευκοκίτρινο λιθίου διαρκείας για ρουλεμάν με CPVS 24951000-5” καλύπτει τις προδιαγραφές Timken. Πλην όμως, δεδομένου ότι, κατά τα ανωτέρω, η διακήρυξη δεν προέβλεψε κάποιον συγκεκριμένο τρόπο απόδειξης ή κάποια συγκεκριμένη διατύπωση του οικείου τεχνικού φυλλαδίου περί πλήρωσης του ως άνω όρου, η προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν δύναται να κριθεί ως άνευ ετέρου αποκλειστέα, αλλά δεδομένων και όσων ο ίδιος επικαλείται περί πλήρωσης αντιστοίχων ή συγγενών έστω προτύπων, όπως και του ότι η ως άνω ασάφεια αφορά ένα μεμονωμένο προϊόν εκ των 19 ζητούμενων της διακήρυξης, αλλά και της ρητής διάταξης του άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 περί δεσμίας αρμοδιότητας προς κλήση του οικονομικού φορέα για διευκρινίσεις σε περίπτωση που προβάλλει ως μόνος διακινδυνευόμενος λόγος αποκλεισμού του η ασάφεια της τεχνικής προσφοράς του, προκύπτει ότι η παραπάνω ασάφεια θα πρέπει να αρθεί δια της διαδικασίας της κλήσης προς διευκρινίσεις κατ’ άρ. 102 Ν. 4412/2016, η δε προσβαλλομένη έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί, καθ’ ο μέρος της έκρινε την προσφορά του παρεμβαίνοντος ως άνευ ετέρου αποδεκτή χωρίς να ζητήσει διευκρινίσεις περί κάλυψης των προδιαγραφών Timken από το προσφερθέν προϊόν 15, ήτοι καθ’ ο μέρος της ενσωματώνει την ανωτέρω παράλειψη της αναθέτουσας (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 236 και 253/2017), κατ’ αποδοχή του οικείου λόγου της προσφυγής, ειδικώς κατά το αντίστοιχο μέρος του.

6. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής περί του προϊόντος 17, προκύπτει ότι η Τεχνική Μελέτη, όπως γενικόλογα όρισε ως προδιαγραφή τη συμμόρφωση με τον Κανονισμό (ΕΚ) 1907/2006, χωρίς να προσδιορίσει με ποιον τρόπο αυτή θα αποδειχθεί. Ούτε εξάλλου προκύπτει από τον έλεγχο των διαθεσίμων στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχείο ότι και ο ίδιος ο προσφεύγων προσκόμισε κάποιο ιδιαίτερο ειδικό πιστοποιητικό περί της οικείας συμμόρφωσης. Σημειωτέον, ότι το Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας συνιστά το καταρχήν κατάλληλο αποδεικτικό μέσο περί τήρησης της ως άνω απαίτησης, εφόσον δε προκύπτει στοιχείο επικινδυνότητας τότε ανά περίπτωση για την πλήρωση της οικείας απαίτησης ενδέχεται να απαιτούνται και περαιτέρω δικαιολογητικά σύμφωνα με τα προτεινόμενα από την υπ’

Αριθμός απόφασης: 18/2018

αριθμ. 30/004/0002368/15-06-2016 Εγκύκλιο Γενικού Χημείου του Κράτους (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017), τα οποία όμως σε καμία περίπτωση δεν υπέβαλαν με την προσφορά τους ούτε ο προσφεύγων ούτε ο παρεμβαίνων, ο οποίος το πρώτον υποβάλλει το Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας με την παρέμβασή του. Σε κάθε περίπτωση, όμως, ούτε η διακήρυξη ούτε η Τεχνική Μελέτη παρέπεμψαν σχετικά σε οικείο έγγραφο και δη για συγκεκριμένα προϊόντα ούτε αναφέρθηκε σε υποχρέωση προσκόμισης έστω Δελτίου Δεδομένων Ασφαλείας, με αποτέλεσμα να μην δύναται να γίνει κατανοητή σχετική υποχρέωση των οικονομικών φορέων ούτε να μπορεί να προκύψει το πρώτον κατά το παρόν στάδιο. Εξάλλου, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι είχε θεσπισθεί επί ποινή αποκλεισμού όρος περί απόδειξης τήρησης του παραπάνω ενωσιακού Κανονισμού, προκύπτει πως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017) κατ' ανάλογη εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 233/2017), σύμφωνα με την οποία ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να αιτείται τον αποκλεισμό άλλων διαγωνιζομένων που έγιναν δεκτοί παρότι είχαν παραβεί τον ίδιο με αυτόν όρο, προκύπτει ότι αντιστοίχως και αντιστρόφως δεν δύναται αποδεκτός μετέχων να προβάλει ως λόγο αποκλεισμού έτερων ομοίως δεκτών συμμετεχόντων, την παράβαση όρου τον οποίο είχε παραβεί ο ίδιος και εν προκειμένω τον όρο που ο προσφεύγων υπολαμβάνει ότι θέσπισε η διακήρυξη με την ως άνω αναφορά της στον παραπάνω ενωσιακό Κανονισμό. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει κατά τα ανωτέρω να απορριφθεί.

7. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι η πολυεθνική κατασκευάστρια του προϊόντος 12 (...) ... διαθέτει παγκοσμίως περί τα 60 εργοστάσια παραγωγής, μεταξύ άλλων τόσο στο Ηνωμένο Βασίλειο όσο και στη Γερμανία, όπως και αυτοτελείς θυγατρικές σε μεγάλο αριθμό χωρών ανά τον κόσμο. Δεδομένης μιας τέτοιας παγκόσμιας οργάνωσης παραγωγής των τυποποιημένης εξάλλου φύσεως ζητούμενων προϊόντων, είναι αδύνατον να διακριβωθεί εκ των προτέρων ποιο ακριβώς εργοστάσιο και σε ποια χώρα θα κατασκευάσει τις συγκεκριμένες παρτίδες προϊόντων με τις οποίες εν τέλει θα προμηθεύσει ο παρεμβαίνων την αναθέτουσα, αν τυχόν αναδειχθεί ανάδοχος, τούτο δε θα αποδειχθεί

Αριθμός απόφασης: 18/2018

αποκλειστικά κατά την ίδια την εκτέλεση της προμήθειας από τη χώρα παραγωγής που θα αναγράφεται στις συσκευασίες των επίμαχων προϊόντων. Περαιτέρω, δεν αποκλείεται η θυγατρική της Γερμανίας ή και άλλης χώρας, από την οποία εν τέλει θα εξαχθεί οριστικά η συγκεκριμένη παρτίδα με την οποία θα προμηθεύσει στη συνέχεια ο παρεμβαίνων την αναθέτουσα, να την προμηθευθεί τις οικείες παρτίδες από αυτήν του Ηνωμένου Βασιλείου είτε απευθείας είτε μέσω έμμεσης και πιο σύνθετης ενδοομιλικής συναλλαγής. Επιπλέον, είναι αδύνατο να ζητηθεί και ανέφικτο ή ιδιαίτερα και δυσανάλογα δυσχερές να υλοποιηθεί, από τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσει τυχόν βεβαίωση ή άλλη απόδειξη εκ του κατασκευαστή ότι η συγκεκριμένη παρτίδα με την οποία θα προμηθεύσει αυτός την αναθέτουσα θα προέρχεται από το Ηνωμένο Βασίλειο ή άλλη χώρα. Η δε αναγραφή στο Τεχνικό Φυλλάδιο των στοιχείων και της διεύθυνσης της έδρας της παραπάνω πολυεθνικής εταιρίας, η οποία βρίσκεται στο Μαννχάιμ της Γερμανίας, ουδόλως έχει την έννοια ότι τα συγκεκριμένα προϊόντα θα κατασκευαστούν εκεί, ενώ αντίθετα είναι εύλογο δεδομένου του παγκοσμίου χαρακτήρα των πωλήσεων των παραπάνω τυποποιημένων προϊόντων, τα τεχνικά φυλλάδια να εκδίδονται ενιαία και σε κεντρικό επίπεδο με αναφορά στην έδρα της επιχείρησης, χωρίς τούτο να συνιστά ένδειξη γεωγραφικού προσδιορισμού παραγωγής. Εξάλλου, ο όρος 2 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της Τεχνικής Μελέτης, σε αντιστοιχία και με τους όρους 2.2.5, 2.2.6.2 παρ. Β3 και 2.4.3.2 του κυρίως σώματος της διακήρυξης προβλέπουν ότι *«Επί ποινής αποκλεισμού για τα ελαιολιπαντικά, θα κατατεθούν από τους συμμετέχοντες οι σχετικές πιστοποιήσεις κατά ISO 9001 για Συστήματα Διαχείρισης της Ποιότητας, τόσο του προμηθευτή όσο και του κατασκευαστή των προϊόντων, ISO 14001 για τα Συστήματα για την Περιβαλλοντική Διαχείριση, ISO 18001 για τα Συστήματα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία.»*, χωρίς να ζητά να ταυτοποιούνται τα παραπάνω πιστοποιητικά με τα συγκεκριμένα εργοστάσια παραγωγής, κάτι που εν πολλοίς και ιδίως στη συγκεκριμένη περίπτωση, είναι κατά τα ανωτέρω και τεχνικά αδύνατο να επιτευχθεί εκ των προτέρων, ήτοι προ της παραλαβής της παρτίδας προϊόντων από τον ανάδοχο. Επομένως, κατά τους παραπάνω όρους αρκούσε η απόδειξη ότι ο κατασκευαστής εν γένει και καταρχήν κατέχει τα παραπάνω πιστοποιητικά, πράγμα που σε κάθε περίπτωση επιτυγχάνεται από την προσκόμιση τέτοιων πιστοποιητικών έστω

Αριθμός απόφασης: 18/2018

και από μια θυγατρική του στην αλλοδαπή, όπως εξάλλου έχει αποδείξει εν προκειμένω με τα ήδη μετά της προσφοράς του προσκομισθέντα πιστοποιητικά ο παρεμβαίνων, χωρίς περαιτέρω να απαιτείται οιοσδήποτε προσδιορισμός και απόδειξης περί του που θα παραχθούν εν τέλει τα οικεία συγκεκριμένα προϊόντα. Αντίθετη δε ερμηνεία θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη το πρώτον κατά την αξιολόγηση μεταβολή του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης προς βλάβη της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 187, 231, 233, 234, 236, 237, 246, 252 και 253/2017). Κατ' αποτέλεσμα, ο παραπάνω λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το πιστοποιητικό συστήματος διαχείρισης ποιότητας ISO 9001:2008 του κατασκευαστή ..., καλύπτει μεταξύ άλλων τον σκοπό «αναλώσιμα και εργαλεία για μεταφορές», διατύπωση από την οποία είναι προφανές ότι καλύπτονται τα κάθε είδους αναλώσιμα προϊόντα που χρησιμοποιούνται για τη συντήρηση και λειτουργία μεταφορικών οχημάτων, όπως εν προκειμένω το αντιπαγωγικό πετρελαίου (προϊόν 16 στην Τεχνική Μελέτη) και το πρόσθετο στο ρεζερβουάρ καυσίμων για καθαρισμό επικαθήσεων από biodiesel (προϊόν 17 στην Τεχνική Μελέτη), επομένως η πιστοποίηση αφορά τις δραστηριότητες του προκείμενου συμβατικού αντικείμενου. Συνεπώς, ο ως άνω λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμος.

9. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και δη κατά εν μέρει αποδοχή του τρίτου λόγου της, ως προς το σκέλος του με τον οποίο βάλλει κατά της άνευ ετέρου αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος της έκρινε την προσφορά του παρεμβαίνοντος ως άνευ ετέρου αποδεκτή χωρίς να ζητήσει διευκρινίσεις περί κάλυψης των προδιαγραφών Timken από το προσφερθέν προϊόν 15, ήτοι καθ' ο μέρος της ενσωματώνει την ανωτέρω παράλειψη της αναθέτουσας. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα τις κατ' άρ.

Αριθμός απόφασης: 18/2018

102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις ως προς το αν το προσφερθέν για το ζητούμενο ως προϊόν 15 «Γράσο Λευκοκίτρινο Λιθίου Διαρκείας για Ρουλεμάν με CPVS 24951000-5» κατά την Τεχνική Μελέτη, προϊόν ... καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές Timken ή ισοδύναμες σε εναλλακτική νομενκλατούρα τεχνικών προτύπων, σύμφωνα και με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν στην παραπάνω σκ. 5. Κατά τα λοιπά, να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή και να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το αντίστοιχο μέρος της η Παρέμβαση.

10. Επειδή, κατά την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού επτακοσίων δέκα (710,00) ευρώ που κατέβαλε ο προσφεύγων.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος της με το οποίο ενσωματώνει παράλειψη της αναθέτουσας να ζητήσει από τον παρεμβαίνοντα κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις περί της εκ μέρους του εξ αυτού προσφερθέντος προϊόντος ..., ως το ζητούμενο προϊόν 15 «Γράσο Λευκοκίτρινο Λιθίου Διαρκείας για Ρουλεμάν με CPVS 24951000-5» κατά την Τεχνική Μελέτη, προϊόν ... καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές Timken ή ισοδύναμες σε εναλλακτική νομενκλατούρα τεχνικών προτύπων, σύμφωνα και με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν στις παραπάνω σκ. 5 και 9.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση αυτής της παράλειψης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη σκ. 9.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού επτακοσίων δέκα (710,00) ευρώ στον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9-1-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ