

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**Λεωφόρος Θηβών 198, Αγ. Ιωάννης Ρέντης Πειραιώς, ΤΚ 18233, Κτίριο Κεράνη 5<sup>ος</sup> όροφος**

**ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΣΤ'**

**ΑΠΟΦΑΣΗ 17/2017**

*Προμήθεια Λιπαντικών-Προσβολή Απόφασης Έγκρισης Πρακτικού Δικαιολογητικών/Τεχνικών Προδιαγραφών κατά το σκέλος έγκρισης της προσφοράς ανταγωνιστή λόγω μη κάλυψης υποχρεωτικών κατά τη διακήρυξη προδιαγραφών εκ μέρους του-Το ελάχιστο παράβολο του αρ. 363 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 ισχύει και όταν η Προσφυγή αφορά Τμήμα της Διακήρυξης- Η καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κρίνεται βάσει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης ακόμα και αν η Προσφυγή αφορά αποκλειστικά τμήμα με αυτοτελή εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π.- Όροι τιθέμενοι επί ποινή αποκλεισμού θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της- Η αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και διαφάνειας της διαδικασίας επιβάλλει εφαρμογή κριτηρίων ανάθεσης και κρίση επί προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή και αξιολόγηση προσφορών-Επιγενόμενη κάλυψη τεχνικής προδιαγραφής μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών δεν λαμβάνεται υπόψη υπέρ της προσφοράς-Παρέμβαση που δεν περιέχει λόγους απόρριψης της Προσφυγής παρά μόνο αίτημα για την απόρριψή της απορρίπτεται ως αόριστη-Για την ευδοκίμηση Προσφυγής κατά της αποδοχής προσφοράς ανταγωνιστή αρκεί η απόδειξη μη πλήρωσης εκ μέρους της έστω και μιας επί ποινή αποκλεισμού προδιαγραφής-Παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων λόγω αλυσιτέλειας-Η ακύρωση της προσβαλλόμενης εγκριτικής του πρακτικού τεχνικών προσφορών πράξης οδηγεί στην αυτόθροη ακύρωση και κάθε επόμενης ενέργειας και πράξης της αναθέτουσας που βασίστηκε επ' αυτής-Δεκτή η Προσφυγή*

-----

Το Στ' Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 4η Σεπτεμβρίου 2017, κατόπιν της από 31-8-2017 Συγκλήσεως εκ μέρους του Προέδρου του, παρουσία όλων των μελών του και συγκεκριμένα με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη.

Για να εξετάσει, κατόπιν της 10/31-8-2017 οικείας Πράξης του Προέδρου του, τη με αρ. πινακίου (1) της προκείμενης συνεδριάσεως, από 22-8-2017 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. και Ειδ. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία ..... (εφεξής «προσφεύγων») κατά της Αναθέτουσας Αρχής Δήμος Ορχομενού (εφεξής «αναθέτουσα») και της 243/2017 Απόφασης της 17/2017 Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής αυτού (εφεξής «προσβαλλόμενη») που ενέκρινε το υπ' αρ. 1/9-8-2017 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών του Δήμου για το 2017-2018, ο οποίος διαγωνισμός προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη 19/2017 «Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών για το 2017-2018» (CPV 09134200-9, 09132100-4, 09132100-5, 09211000-1) με συνολικό προϋπολογισμό άνευ ΦΠΑ 183.456,38 ευρώ που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την .... με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ την .... με συστημικό α/α .... και με Τμήμα αυτής επί του οποίου ερείδεται η προκείμενη Προδικαστική Προσφυγή την «Ομάδα Β'» εκτιμώμενης αξίας 7.842,24 ευρώ άνευ ΦΠΑ (Λιπαντικά, CPV 09211000-1). Η εξέταση της κατατεθείσας από 22-8-2017 και

διαβιβασθείσας στην Α.Ε.Π.Π. από την αναθέτουσα μόλις την 25-8-2017, Προσφυγής, ανατέθηκε στο Κλιμάκιο κατ' αρ. 3 εδ. β' και αρ. 6 ΠΔ 38/2017 την 28-8-2017 και η πράξη ανάθεσής της διαβιβάστηκε στο Κλιμάκιο την 29-8-2017. Δεν κατατέθηκαν σχετικές απόψεις από την αναθέτουσα αρχή παρότι παρήλθε το προβλεπόμενο κατ' αρ. 9 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 ούτε χορήγησε αυτή ως όφειλε πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ και τα εκεί στοιχεία του διαγωνισμού. Περαιτέρω, προς απόρριψη της προσφυγής και υπέρ του κύρους της προσβαλλομένης ασκήθηκε η από 29-8-2017 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ .... και ΕΑΚ .... παρέμβαση από τον έτερο διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα με την επωνυμία ....., η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. την 4-9-2017 από την αναθέτουσα αρχή. Χρέη Εισηγητή εκτέλεσε ο ως άνω Πρόεδρος του Κλιμακίου, κατόπιν της ως άνω υπ' αρ. 10/31-8-2017 Πράξεως του ιδίου, με την οποία όρισε εαυτόν ως Εισηγητή, σύμφωνα με το αρ. 12 παρ. 1 εδ. β' ΠΔ 39/2017 τόσο για την εξέταση της Προσφυγής, όσο και για την εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων, σύμφωνα και με το αρ. 12 παρ. 5 ΠΔ 39/2017, ο οποίος κατά την ως άνω συνεδρίαση, κατ' αρ. 12 παρ. 2 ΠΔ 39/2017, προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή του.

### **ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ**

1. Επειδή, κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 16244223095710300064) ποσού 600 ευρώ, το οποίο είναι και το ελάχιστο απαιτούμενο για την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ή τυχόν επιμέρους ομάδας/τμήματος που η προσφυγή αφορά. Η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με το από 31-8-2017 απευθυνόμενο προς το Στ' Κλιμάκιο εσωτερικό έγγραφο της την πληρωμή, τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Επειδή, περαιτέρω, το αρ. 13 παρ. 3 εδ. β' ΠΔ 39/2017 προβλέπει ότι: «*Τυχόν παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο δεν επάγεται ακυρότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.*», ενώ το Στε (Ε' Τμ.) με την 51/2017 Γνωμοδότησή του επί του ΠΔ 39/2017, σκ. 15 (προ της συμπερίληψης σε αυτό του ως άνω εδ. β', το οποίο συμπεριλήφθηκε προς συμμόρφωση με την ανωτέρω Γνωμοδότηση) διευκρίνισε ότι η μη κοινοποίηση της πράξης ορισμού συζήτησης και εισηγητή στα διάδικα μέρη δεν συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου κατά μείζονα δε λόγο, αφού δεν λαμβάνει χώρα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατ' αντιμωλία διαδικασία, δεν συνιστά υποχρεωτικό τύπο η σύντμηση της προθεσμίας κοινοποίησης, ως και η μη κοινοποίηση σε πρόσωπο που κατέστη διάδικος μετά τον χρόνο κοινοποίησης της πράξης στα ενδιαφερόμενα μέρη, αρκεί σε κάθε περίπτωση να ληφθούν υπόψη οι καθ' οιονδήποτε τρόπο ήδη προβληθέντες κατά τον χρόνο της εξέτασης, ισχυρισμοί τους.

2. Επειδή, ο προσφεύγων με την από 22-8-2017 προσφυγή του αιτείται την ακύρωση εκτελεστής πράξεως οργάνου διενέργειας διαγωνισμού και συγκεκριμένα της από 16-8-2017 υπ' αρ. 243/2017 Απόφασης της 17/2017 Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 17-8-2017, με την οποία εγκρίθηκε πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, σε διαγωνισμό εκτιμώμενης αξίας 183.456,38 ευρώ άνευ ΦΠΑ, του οποίου η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 6-7-2017. Ήδη με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος μετείχε στον διαγωνισμό ειδικώς και αποκλειστικώς για την Ομάδα Β' εκτιμώμενης αξίας 7.842,24 ευρώ άνευ ΦΠΑ (Λιπαντικά, CPV 09211000-1) και δια της ως άνω προσβαλλόμενης έγινε δεκτή η προσφορά του και εγκρίθηκε η συμμετοχή του στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού. Στρέφεται ειδικότερα κατά του σκέλους αυτής με το οποίο γίνεται δεκτή, πλην της δικής του, και η προσφορά του έτερου μετέχοντος στην ίδια Ομάδα

(λιπαντικά), ....., και επιτρέπεται η συμμετοχή του τελευταίου στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού ειδικώς και για τα λιπαντικά. Συγκεκριμένα, επικαλείται ότι η τεχνική προσφορά του τελευταίου δεν ήταν σύμφωνη με ρητούς όρους της διακήρυξης και της 19/2017 Μελέτης-Τεχνικής Έκθεσης που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής, αφού Α. ο έτερος διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας με την επωνυμία ....., δεν κατέθεσε τεχνικό φυλλάδιο για το προϊόν “3.2 λιπαντικά συστημάτων μετάδοσης κίνησης SAE 10, SAE 30, SAE 50”, Β. προσέφερε το προϊόν «TOTAL MTC 100» το οποίο όμως δεν είναι βιοαπτοικοδομήσιμο, Γ. προσέφερε το προϊόν «LAVA 2T SCOOTER ELL» το οποίο όμως δεν είναι συνθετικό λιπαντικό, Δ1. Προσέφερε το προϊόν “Revolution TURBO 20W50” χωρίς να έχει έγκριση από το Γενικό Χημείο του Κράτους και Δ2. προσέφερε τα προϊόντα «GEAR LS 4X4» και «LAVA 2T SCOOTER ELL» χωρίς να έχουν έγκριση από το Γενικό Χημείο του Κράτους παρά μόνο αίτηση για έκδοση αριθμού καταλόγου. Επομένως, κατά την προσφυγή, η προσφορά του πρέπει να αποκλειστεί και να γίνει δεκτός για τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού αποκλειστικά ο προσφεύγων. Ο δε παρεμβαίνων επικαλείται ότι έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρέμβασής του ως μετέχων στον διαγωνισμό και ζητά την απόρριψη της προσφυγής, χωρίς να επικαλείται κάποιον συγκεκριμένο λόγο.

**3.** Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ 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. Τονίζεται δε ότι η εκτιμώμενη αξία της επιμέρους ομάδας προϊόντων της διακήρυξης για τα οποία ο νυν προσφεύγων υπέβαλε τελικά προσφορά είναι αδιάφορη για την κατάγνωση της καθ' ύλην αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π., μόνο κρίσιμο στοιχείο περί την οποία, σύμφωνα και με το άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και άρ. 1 εδ. α' ΠΔ 39/2017, είναι η εκτιμώμενη αξία του συνολικού αντικειμένου της εν όλω διαδικασίας ανάθεσης, άρα της διακήρυξης, ασχέτως αν αυτό εν τέλει πραγματοποιηθεί με μία ή περισσότερες συμβάσεις (ζήτημα μελλοντικό και αβέβαιο) και ειδικότερης εκτιμώμενης αξίας εκάστου τμήματος αυτής. Τούτο, δεδομένου εξάλλου ότι η “διαδικασία” κατά τον όρο των ως άνω διατάξεων, παραμένει μία, αδιάσπαστη και ενιαία ακόμη και αν αναλύεται σε επιμέρους τμήματα/ομάδες. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος έκδοσης προσβαλλόμενης 16-8-2017 και κοινοποίησής της την 17-8-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον πρόεδρο και διευθύνοντα σύμβουλο της Α.Ε.. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό για την επίμαχη “Ομάδα Β” με τεχνική προσφορά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό του έτερου ομοίως προκριθέντος στα επόμενα στάδια για την ίδια Ομάδα διαγωνιζόμενου. Το δε τυχόν ζήτημα ενδιάμεσου ανοίγματος οικονομικών προσφορών μεταξύ της άσκησης της προσφυγής και της έκδοσης της παρούσας απόφασης, είναι αδιάφορο αφού αφενός αντιμετωπίστηκε με την Απόφαση ΑΕΠΠ 16/1-9-2017 με την οποία διετάχθη ως προσωρινό μέτρο η αναστολή μεταξύ άλλων και του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών χωρίς να έχει έως την έκδοσης της τελευταίας εκδοθεί κάποια εκτελεστή πράξη επί του παραπάνω σταδίου, αφετέρου κάθε εντός αυτού του σταδίου τυχόν ήδη εκδοθείσα (έστω και μη εκτελεστή) πράξη εξαρτάται ως προς τη νομιμότητά της από το διατακτικό της παρούσας απόφασης επί του προγενέστερου σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών, ενώ σε κάθε περίπτωση κατά την εξέταση της παρούσας προσφυγής και αν υποθεθεί ότι είχε εκδοθεί κάποια μεταγενέστερη του σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών εκτελεστή πράξη κατά παράβαση της Απόφασης ΑΕΠΠ 16/2017 ή προ αυτής, δεν θα είχε σε καμία περίπτωση εκπνεύσει κάποια προθεσμία προσβολής της από τον νυν παρεμβαίνοντα, επομένως σε κάθε περίπτωση και ο νυν προσφεύγων διατηρεί το έννομο

συμφέρον του για την ακύρωση της νυν προσβαλλομένης. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, η ως άνω ασκηθείσα παρέμβαση ναι μεν έχει καταρχήν ασκηθεί εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς το αντικείμενο της προσφυγής είναι ακριβώς ο αποκλεισμός του παρεμβαίνοντος από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Πλην όμως, δεν επικαλείται κανένα συγκεκριμένο λόγο για την απόρριψη της προσφυγής ούτε ορισμένο ισχυρισμό περί του μη νομίμου αυτής ή περί απόκρουσης ουσιαστικού ισχυρισμού που αυτή περιλαμβάνει. Ως εκ τούτου, είναι απορριπτέα προεχόντως ως αόριστη και ανεπίδεκτη νομικής εκτίμησης.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες ανεξαρτήτως αν πρέπει ή όχι να συντρέχουν υποχρεωτικά από τον νόμο για την πώληση και κυκλοφορία του προϊόντος, προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά το δε άρ. 104 παρ. 1Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι *“Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή*

της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105.", σε συνδυασμό με το άρ. 92 παρ. 1 εδ. α' που ορίζει ότι "Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης" και το άρ. 94 παρ. 4 που προβλέπει ότι "Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.", τα οποία και διέπουν και τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων κάτω των ορίων, προκύπτει ότι ειδικώς η συμμόρφωση των περιλαμβανόμενων στην τεχνική προσφορά προϊόντων των υποψηφίων αναδόχων με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, οφείλει να συντρέχει, μεταξύ άλλων, ήδη και κατά την υποβολή της προσφοράς σε κάθε δε περίπτωση κατά τον χρόνο λήξης υποβολής προσφορών, η αξιολόγηση των οποίων από την αναθέτουσα περιλαμβάνει και τον έλεγχο συμμόρφωσής τους με τους όρους της, οφείλοντας σε αρνητική περίπτωση να τις απορρίψει.

6. Επειδή, κατά τον όρο 2.1.1. της οικείας Διακήρυξης "Η παρούσα Διακήρυξη με τα Παραρτήματα που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής... Παράρτημα II-Τεχνικές Προδιαγραφές". Κατά τον δε όρο 2.4.3.2 ορίζεται ότι "Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικών αναφερόμενα στο σχετικό Παράρτημα...", ενώ ο όρος 2.4.6 αυτής ότι "η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της... η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης". Εξάλλου, κατά τον όρο 1.3 ως και τον όρο 2.4.1 της Διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι να μην μπορούσαν να υποβάλουν προσφορά για μια από τις 2 ομάδες της διακήρυξης, πλην όμως όφειλαν να υποβάλουν προσφορά για το "σύνολο κάθε Ομάδας ("Α" ή "Β")", ενώ κατά τους όρους 1.3, 2.3.1 και 2.4 ως κριτήριο ανάθεσης για την Ομάδα Β ορίστηκε η χαμηλότερη τιμή όσον αφορά το σύνολο της ομάδας και σύμφωνα με τον όρο 2.4.1 προβλέφθηκε ότι "δεν θα κρίνεται αποδεκτή προσφορά, η οποία θα δίδεται για μέρος των ποσοτήτων των ομάδων Α και Β". Από τα ως άνω προκύπτει ότι, δεδομένου πως η προσφορά για την Ομάδα Β όφειλε να αφορά το σύνολο των περιλαμβανόμενων σε αυτήν προϊόντων τα οποία εξάλλου θα ανατεθούν ενιαία σε έναν ανάδοχο χωρίς δυνατότητα μερικής κατακύρωσης για ορισμένα εξ αυτών, για το αποδεκτό της προσφοράς επί αυτής θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η συμμόρφωση κάθε προϊόντος με τους όρους της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η μη συμμόρφωση έστω και ενός από αυτά με όρο της διακήρυξης και τις επί ποινή αποκλεισμού καθοριζόμενες για τα προϊόντα της Ομάδας προδιαγραφές, να καθιστά το σύνολο της προσφοράς για την Ομάδα Β μη αποδεκτή και απορριπτέα. Περαιτέρω, κατά το ως άνω Παράρτημα II/Τεχνικές Προδιαγραφές/Αρ. Μελέτης Τμήματος Τεχνικών Υπηρεσιών Δήμου Ορχομενού 19/2017, όπως ενσωματώνεται κατά τα ως άνω στους όρους της

διακήρυξης ως αναπόσπαστο τμήμα τους και δη το σημ. 2 αυτών (Λιπαντικά) “Κάθε προσφερόμενος τύπος λιπαντικού... θα διαθέτει πιστοποιητικό εταιρείας από το Γενικό Χημείο του Κράτους, επί ποινή αποκλεισμού”, όρος που ενσωματώθηκε εξάλλου και στο Έντυπο Τεχνικής Προσφοράς (που συνιστά ομοίως συνημμένο Παράρτημα της Διακήρυξης) που όφειλαν να συμπληρώσουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι και συμπλήρωσαν εν προκειμένω οι νυν συμμετέχοντες στον διαγωνισμό. Περαιτέρω, κατά την ΚΥΑ 350/2012 (ΦΕΚ Β’ 2988/22.11.2013) περί λιπαντικών δίχρονων κινητήρων, άρ. 2 παρ. 4 “Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών το λιπαντικό καταχωρείται σε κατάλογο που τηρεί η Διεύθυνση Πετροχημικών του Γ.Χ.Κ. Ο ενδιαφερόμενος, μπορεί να διαθέτει το προϊόν ελεύθερα στην ελληνική αγορά μετά την έγγραφη ενημέρωση του από το ΓΧΚ για την καταχώριση του προϊόντος.”, ενώ κατά το άρ. 4 παρ. 4 της ΚΥΑ 526/2004 (ΦΕΚ Β’ 630/12.5.2005) περί απαιτήσεων κυκλοφορίας λιπαντικών μηχανών εσωτερικής καύσης ορίζεται ότι “Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών καταχωρείται το λιπαντικό σε κατάλογο που τηρεί η διεύθυνση πετροχημικών του Γ.Χ.Κ., ενημερώνεται ο ενδιαφερόμενος εγγράφως και το λιπαντικό δύναται να παραχθεί, να εισαχθεί και να κυκλοφορήσει ελεύθερα στην ελληνική αγορά.” και με την ΚΥΑ 12/1995 (ΦΕΚ Β’ 570/29.6.1995) ως προς τις προδιαγραφές για τις βαλβολίνες προβλέπεται ότι “Μετά την υποβολή της δηλώσεως και τον έλεγχο των στοιχείων συμπεριλαμβάνεται το προϊόν στον κατάλογο λιπαντικών που τηρεί το Γ.Χ.Κ., ενημερώνεται εγγράφως ο ενδιαφερόμενος και το προϊόν διατίθεται ελεύθερα στην Αγορά.”. Ως εκ τούτου, η εκ της διακήρυξης αιτούμενη πιστοποίηση από το Γενικό Χημείο του Κράτους, όσον αφορά τα επίμαχα προϊόντα με την εμπορική ονομασία Gear LS/4x4 που προσφέρθηκε από τον έτερο διαγωνιζόμενο ως βαλβολίνη για μπλοκέ διαφορικά (ανταποκρινόμενο στο ζητούμενο 3.1 προϊόν κατά το Παράρτημα II της Διακήρυξης) και LAVA 2T Scooter που προσφέρθηκε από τον έτερο διαγωνιζόμενο ως λιπαντικό δίχρονων κινητήρων (ανταποκρινόμενο στο ζητούμενο 7.4 προϊόν κατά το Παράρτημα II της Διακήρυξης), αναφέρεται σε καταχώρηση του προϊόντος στον οικείο κατάλογο του Γενικού Χημείου του Κράτους και η απόκτηση για αυτό σχετικού αριθμού καταχώρησης, προϋπόθεση αποδεικνυόμενη με οικεία έγγραφη ενημέρωση του Γενικού Χημείου του Κράτους περί καταχώρησης με μνεία του αντίστοιχου αριθμού καταλόγου.

7. Επειδή, ο έτερος του προσφεύγοντος διαγωνιζόμενος, οικονομικός φορέας με την επωνυμία ..... μεταξύ άλλων προϊόντων, συμμετείχε και για την Ομάδα Β’/Λιπαντικά, συμπεριλαμβάνοντας στην προσφορά του μεταξύ άλλων και τα προϊόντα (σύμφωνα με τον εξ αυτού συνταχθέντα και υπογραφέντα Πίνακα Αντιστοιχιών Λιπαντικών και Τεχνικών Φυλλαδίων) με την εμπορική ονομασία Gear LS/4x4 ως βαλβολίνη για μπλοκέ διαφορικά (ανταποκρινόμενο στο ζητούμενο 3.1 προϊόν κατά το Παράρτημα II της Διακήρυξης) και LAVA 2T Scooter ως λιπαντικό δίχρονων κινητήρων (ανταποκρινόμενο στο ζητούμενο 7.4 προϊόν κατά το Παράρτημα II της Διακήρυξης). Επειδή, εν προκειμένω, από το προσκομισθέν μετά της τεχνικής προσφοράς του, εκ του ιδίου του ..... δικαιολογητικού, ήτοι του με αρ. πρωτ. 30/004/000/248/18-1-2017 Γενικού Χημείου του Κράτους εγγράφου της LPC A.E. Ανώνυμης Εταιρείας Επεξεργασίας και Εμπορίας Λιπαντικών και Πετρελαιοειδών Προϊόντων προς το Γεν. Χημείο του Κράτους ως και το από 3-4-2017 και με αρ. πρωτ. 30/004/000/1381 εγγράφου της ίδιας εταιρείας προς το Γεν. Χημείο του Κράτους, προκύπτει ότι ειδικώς όσον αφορά τα προϊόντα με την εμπορική ονομασία Gear LS/4x4 και LAVA 2T Scooter, τα οποία η ως άνω εταιρία διακινεί στην ελληνική αγορά και προφανώς προμηθεύει τον έτερο διαγωνιζόμενο της νυν διαδικασίας ....., ο οποίος και επικαλέστηκε το παραπάνω έγγραφο, έχει κατατεθεί αίτημα για έκδοση αριθμού καταλόγου. Δεν προσκομίστηκε όμως κανένα έγγραφο από το οποίο να προκύπτει όντως καταχώρηση και έκδοση τέτοιου αριθμού για τα προϊόντα έως και τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς του παραπάνω διαγωνιζόμενου ούτε ο ως άνω διαγωνιζόμενος επικαλέστηκε ή προσκόμισε τέτοιο έγγραφο κατά την υποβολή της προσφοράς του, παρά μόνο το παραπάνω έγγραφο που αποδεικνύει απλώς αίτημα για έκδοση

αριθμού. Επομένως, ο έτερος του προσφεύγοντος διαγωνιζόμενος δεν απέδειξε τη συμμόρφωση των παραπάνω προϊόντων του με τους όρους της διακήρυξης και δη τον τιθέμενο επί ποινή αποκλεισμού όρο κατοχής για το σύνολο των προσφερόμενων από αυτόν προϊόντων αριθμού καταλόγου, ο οποίος κατά τα ως άνω θα έπρεπε να υφίσταται, να συντρέχει, άρα να έχει εκδοθεί ο οικείος ανά προϊόν αριθμός, ως και να αποδεικνύεται κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς. Περαιτέρω, όσον αφορά τον οικείο ισχυρισμό του προσφεύγοντος για τα ως άνω προϊόντα, σε κάθε περίπτωση και άνευ ανάγκης περαιτέρω απόδειξης το Κλιμάκιο δύναται να συνάγει τεκμήριο ομολογίας εκ μέρους της αναθέτουσας κατ' αρ. 365 παρ. 2, καθώς δεν απέστειλε φάκελο ή απόψεις. Επιπλέον, μετά από αυτεπάγγελτη έρευνα του Κλιμακίου προέκυψε ότι τα ως άνω 2 προϊόντα έλαβαν αριθμό καταλόγου τελικώς από το Γενικό Χημείο του Κράτους το μεν πρώτο 9653 (Gear LS/4x4), το δε δεύτερο 609 (LAVA 2T Scooter), πλην όμως χορηγήθηκαν τούτοι μόλις την 1-9-2017, ήτοι μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, ως και ακόμα έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, αλλά και ασκήσεως της επίδικης προσφυγής.

8. Επειδή, κατά τα ως άνω δεν συντρέχει το αναγκαίο κατά την ίδια τη διακήρυξη και δη το Παράρτημα II αυτής, προσόν-τεχνική προδιαγραφή της κατοχής αριθμού καταλόγου από το Γενικό Χημείο του Κράτους, κατά τον κατά τα ως άνω κρίσιμο για τη συνδρομή του προσόντος χρόνο (χρόνο υποβολής της προσφοράς ή έστω τον εν γένει καταληκτικό χρόνο υποβολής). Άρα, η προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου δεν πληρούσε τους όρους της διακήρυξης ως προς τουλάχιστον τα δύο αυτά προϊόντα, άρα και ως προς το σύνολό της, και ως εκ τούτου ήταν αποκλειστέα και απορριπτέα εν όλω, όσον αφορά την Ομάδα Β'/Λιπαντικά, ενώ παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των υπολοίπων βάσεων και ισχυρισμών της προσφυγής. Κατ' αποτέλεσμα, η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος με το οποίο (εγκρίνοντας το έχον ίδιο περιεχόμενο πρακτικό) ενέκρινε την προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου στην Ομάδα Β' έσφαλε και είναι ακυρωτέα. Προφανώς, ομοίως και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, ακυρωτέο είναι και το οικείο, γνωμοδοτικού χαρακτήρα, πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπως και κάθε επόμενη πράξη και απόφαση της αναθέτουσας, η οποία ερείδεται (και κατά το σκέλος στο οποίο ερείδεται) στις ως άνω ακυρωτέες πράξεις. Πρέπει περαιτέρω, κατ' αρ. 363 παρ. 5 εδ. α' Ν. 4412/2016 και αρ. 5 παρ. 5 εδ. α' ΠΔ 39/2017 να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο. Παρέλκει δε η επιβολή στην αναθέτουσα της χρηματικής κύρωσης του αρ. 14 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, καθώς δεν κατέστη ιδιαίτερα δυσχερής η ουσιαστική παροχή της προδικαστικής προστασίας. Εξυπακούεται, ότι το χορηγηθέν με την Απόφαση ΑΕΠΠ 16/1-9-2017 Προσωρινό Μέτρο της αναστολής της περαιτέρω συνέχισης του διαγωνισμού παύει αυτοδίκαια με την έκδοση της παρούσας Απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

- Δέχεται εν όλω την Προσφυγή.
- Απορρίπτει την Παρέμβαση.
- Ακυρώνει μερικώς τη 243/2017 Απόφαση της 17/2017 Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής αυτού Δήμου Ορχομενού, η οποία ενέκρινε το υπ' αρ. 1/9-8-2017 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών του Δήμου για το 2017-2018, κατά το σκέλος της με το οποίο συγκεκριμένα ενέκρινε και έκρινε ως δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..... ειδικώς όσον αφορά την Ομάδα Β (Λιπαντικά).

- Ακυρώνει περαιτέρω και κατά το ίδιο σκέλος του το ενσωματωθέν και εγκριθέν δια της ως άνω ακυρωθείσας απόφασης, πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού.
- Διατάσσει τη συνέχιση του Διαγωνισμού στα επόμενα στάδια, όσον αφορά ειδικώς την Ομάδα Β, με μόνο εγκρινόμενο συμμετέχοντα τον νυν προσφεύγοντα.
- Ακυρώνει κάθε τυχόν μεσολαβήσασα πράξη ή απόφαση της αναθέτουσας, μεταξύ της νυν ακυρωθείσας απόφασης Οικονομικής Επιτροπής και του παρόντος, κατά το σκέλος που αυτή ερείδεται στην έγκριση συμμετοχής του ..... στα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού.
- Διατάσσει την απόδοση του παραβόλου στον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 4η Σεπτεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Παραγγέλλεται ο Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π. όπως, σύμφωνα με τα αρ. 11 και 19 ΠΔ 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της Απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., κοινοποιήσει την παρούσα Απόφαση στους ενδιαφερομένους, ήτοι τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα και προβεί σε κάθε περαιτέρω νόμιμη ενέργεια.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΚΑΙ ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ**  
**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΜΠΑΚΟΥ**