

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 18.11.2022 με ΓΑΚ 1638/21.11.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 1^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 24.11.2022 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 2^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 01.12.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. ... και ... αποφάσεις της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκαναν αποδεκτή την συμμετοχή και ανέδειξαν οριστικό ανάδοχο τον «...» και έκαναν αποδεκτή τη συμμετοχή των δύο ως άνω παρεμβαινουσών εταιρειών.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ...ποσού 790,13 €, το

Αριθμός απόφασης: 34/2023

οποίο είναι υπερβάλλον κατά το ποσό των 190,13 ευρώ επειδή η αξία του υπό κρίση τμήματος είναι 105.350,00 ευρώ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης ποσού 52.675,00 ευρώ, το οποίο δεν υπολογίζεται στην καταβολή του παραβόλου. Επομένως, ανεξαρτήτως έκβασης της υπό κρίση προσφυγής το ποσό των 190,13 ευρώ πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας για το προσωπικό του Δήμου ...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, προϋπολογισμού 80.643,51€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, οι παρεμβαίνουσες και η ατομική επιχείρηση «...». Στις 03.10.2022 απεστάλη στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργίας επικοινωνία διαγωνισμού του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. η υπ' αριθμ. ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής δια της οποίας εγκρίνονται τα πρακτικά αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής του διαγωνισμού και ακολούθως στις 08.11.2022 απεστάλη με τον ίδιο τρόπο η υπ' αριθμ. ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδεικνύεται ο «...» ως ανάδοχος της σύμβασης με τιμή 100.486,50 ευρώ με ΦΠΑ.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 08.11.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 18.11.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδ. α και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 21.11.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. ... απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 07.12.2022 το με ιδία ημερομηνία υπόμνημά της.

Αριθμός απόφασης: 34/2023

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνουν οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 21.11.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρεμβάσεις ασκήθηκαν εντός της προθεσμίας αυτής, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχουν γίνει αποδεκτές οι προσφορές τους.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά του «...» πρέπει να απορριφθεί διότι τα προσφερόμενα προϊόντα (λιπαντικά) με α/α 9 και 10 δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές τέθηκαν με το υπ' αριθμ. ... διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Με το υπ' αριθμ. ... διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής ορίστηκαν οι εξής τεχνικές προδιαγραφές για το ζητούμενο προϊόν με α/α 9: «Βαλβολίνη ..., ...» και για το ζητούμενο προϊόν με α/α 10: «Βαλβολίνη, ...». Όπως προκύπτει από την προσφορά του «...» και συνομολογεί η

αναθέτουσα αρχή, προσέφερε για το προϊόν με α/α 9 τη βαλβολίνη...και για το προϊόν με α/α 10 βαλβολίνη ... Επομένως, ενώ η διακήρυξη απαιτούσε για τη βαλβολίνη με α/α 9 να πληροί την προδιαγραφή ..., ο «...» προσέφερε βαλβολίνη χαμηλότερης ποιότητας με προδιαγραφή Ομοίως, ενώ η διακήρυξη απαιτούσε για τη βαλβολίνη με α/α 10 να πληροί τις προδιαγραφές ..., ο «...» προσέφερε βαλβολίνη με διαφορετική προδιαγραφή Επομένως οι προσφερόμενες βαλβολίνες του ως άνω οικονομικού φορέα παρουσιάζουν ελλείψεις ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατόπιν αυτού ο υπό κρίση πρώτος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις κατά το μέρος που έκαναν δεκτή την προσφορά του «...» και τον ανέδειξαν οριστικό ανάδοχο.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της 1^{ης} παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί διότι α) για το προσφερόμενο λιπαντικό με α/α 9 βαλβολίνη ...: ... προσέφερε προϊόν που από το τεχνικό του φυλλάδιο προκύπτει ότι δεν καλύπτει την προδιαγραφή κατά ... και έχει καταθέσει εγκρίσεις από το γενικό χημείο του κράτους με αρ. ... στο οποίο δηλώνεται άλλο προϊόν επειδή έχει διαφορετική ονομασία, β) για το προσφερόμενο λιπαντικό με α/α 10 βαλβολίνη ... προκύπτει ότι προσφέρει δύο διαφορετικά προϊόντα αφού το προϊόν της τεχνικής προσφοράς είναι ημισυνθετικό ενώ αυτό που προσφέρει με το προσκομιζόμενο τεχνικό φυλλάδιο είναι συνθετικό.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω δεύτερο λόγο κατά της 1^{ης} παρεμβαίνουσας: Καταρχήν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αφορούν τα κατατεθέντα τεχνικά φυλλάδια και τα έγγραφα του γενικού χημείου του κράτους, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι διότι στο στάδιο υποβολής των προσφορών η διακήρυξη απαιτούσε μόνο τη συμπλήρωση του εντύπου της τεχνικής προσφοράς και την υπεύθυνη δήλωση σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές των ελαιολιπαντικών. Επομένως, η υποβολή εκ περισσού τεχνικών φυλλαδίων και εγγράφων του γενικού χημείου του κράτους εκ μέρους της 1^{ης} παρεμβαίνουσας σε στάδιο προγενέστερο από αυτό της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν μπορεί να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της, ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι τα υποβληθέντα αυτά στοιχεία παρουσίαζαν ελλείψεις. Εν συνεχεία, σε κάθε περίπτωση, όσον αφορά τον α)

ισχυρισμό σχετικά με το λιπαντικό με α/α 9, προκύπτει ότι η 1^η παρεμβαίνουσα προσέφερε το προϊόν «...». Η ονομασία του λιπαντικού είναι «...» από την κατασκευάστρια εταιρεία «...» (δηλαδή την 1^η παρεμβαίνουσα) και πρόκειται για λιπαντικό γκρανζιών (...) με ιξώδες βαθμού ... (SAE ...) και προδιαγραφής API Επομένως ξεκάθαρα προκύπτει ότι πληροί την απαιτούμενη προδιαγραφή ... και ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το ... αφορά την ονομασία του προϊόντος απορρίπτεται ως προφανώς αβάσιμος, αφού αφορά παγκόσμια προδιαγραφή λιπαντικών και όχι ονομασία. Περαιτέρω, στο έγγραφο του γενικού χημείου του κράτους αναγράφεται ως προϊόν το «...» που είναι το ίδιο με το προσφερόμενο αφού η «...» είναι η κατασκευάστρια εταιρεία αυτού και όπως προαναφέρθηκε τα υπόλοιπα στοιχεία αφορούν το ιξώδες και την προδιαγραφή που πληροί. Όσον αφορά τον β) ισχυρισμό σχετικά με το λιπαντικό με α/α 10 η 1^η παρεμβαίνουσα στο έντυπο της τεχνικής της προσφοράς έγραψε ότι προσφέρει το ημισυνθετικό λιπαντικό «....», το οποίο πληροί την σχετική απαίτηση της διακήρυξης. Η αναφορά στο τεχνικό φυλλάδιο, που υπέβαλε εκ περισσού η 1^η παρεμβαίνουσα, συνθετικού λιπαντικού με την ονομασία «...» δεν μπορεί να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς αυτής, διότι όπως προαναφέρθηκε δεν απαιτείται υποβολή τεχνικού φυλλαδίου σε στάδιο προγενέστερο της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Μόνο στην περίπτωση που η 1^η παρεμβαίνουσα ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος είναι υποχρεωμένη να προσκομίσει το σχετικό τεχνικό φυλλάδιο και εάν τότε μετά τη σύγκριση προκύψει διαφορά στη σύνθεση μεταξύ των δύο λιπαντικών, δηλαδή ημισυνθετικού και συνθετικού, θα τεθεί ζήτημα μη πλήρωσης της σχετικής απαίτησης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος κατά της 1^{ης} παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

Τέλος, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της απαραδέκτως προβάλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας, αφού τυχόν πλημμέλειες θα μπορούσαν παραδεκτώς να προβληθούν μόνο με την υποβολή προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο στρέφεται κατά της προσφοράς της 2^{ης} παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί, πλην όμως οι σχετικοί ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος διότι η 2^η παρεμβαίνουσα έπεται της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας και δεν έχει ασκηθεί προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 34/2023

προσφυγή κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας ώστε να πιθανολογηθεί ότι τυχόν ευδοκίμηση αυτής θα έβγαζε εκτός διαγωνισμού την προσφεύγουσα και θα επεδίωκε την ματαίωση αυτού.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις, το δε παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη μόνο κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του «...», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 04.01.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ