

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής Ευαγγελία Μιχολίτση και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να επανεξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 693/05-06-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής προσφεύγουσα) που εδρεύει στην «...», οδός «...», αρ. «...» Τ.Κ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του Δήμου «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας επί της προσφυγής με την επωνυμία «...» («εφεξής παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην «...», θέση «...», «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 307/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τις ομάδες 5, 13, και 21, να αποκλειστεί η παρεμβαίνουσα «...» από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού και να της επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι «Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».

2. Επειδή, στο άρθρο 1 του ν. 3068/2002 «Συμμόρφωση της Διοίκησης προς τις δικαστικές αποφάσεις, προαγωγή των δικαστών των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων στο βαθμό του συμβούλου Επικράτειας και άλλες διατάξεις» (Α' 274/14-11-2002) ορίζονται τα εξής. «Το Δημόσιο, έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται χωρίς καθυστέρηση προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες που επιβάλλονται για την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής και για την εκτέλεση των αποφάσεων. Δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του προηγούμενου εδαφίου είναι όλες οι αποφάσεις των διοικητικών, πολιτικών, ποινικών και ειδικών δικαστηρίων που παράγουν υποχρέωση συμμόρφωσης ή είναι εκτελεστές κατά τις οικείες δικονομικές διατάξεις και τους όρους που κάθε απόφαση τάσσει. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου ισχύουν και για τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του ευρύτερου δημόσιου τομέα, τα οποία ανήκουν εξ ολοκλήρου στο Δημόσιο». Στο άρθρο 21 του ν. 2690/1999 «ΚΩΔΙΚΑΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ» (Α' 45/9.3.1999) ορίζονται τα εξής :«1. Αρμόδιο για την ανάκληση ατομικής διοικητικής πράξης όργανο είναι εκείνο που την εξέδωσε ή που είναι αρμόδιο για την έκδοσή της. 2. Για την ανάκληση δεν είναι απαραίτητο να τηρείται η διαδικασία που προβλέπεται για την έκδοση της πράξης, εκτός αν ανακαλείται πράξη νόμιμη ή πράξη παράνομη ύστερα από εκτίμηση πραγματικών περιστατικών».

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παραβόλο, ύψους 1.036,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1β του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 1β. του ΠΔ 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», συνοδευόμενο από το από 4/6/2020 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής της, από την «...» και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με αναφορά «δεσμευμένο»), δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α. των τμημάτων 5, 13 και 21 στα οποία αφορά η προσφυγή ανέρχεται στο ποσό των 206.875,00€ (Τμήμα 5 : 41.664,20 € πλέον ΦΠΑ 24%, Τμήμα 13 : 85.556,00 € πλέον ΦΠΑ 24%, Τμήμα 21 : 79.654,80 € πλέον ΦΠΑ 24%).

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

4. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε Ανοικτός Διεθνής Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την "ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΔΗΜΟΥ «...» ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «...» 2019-2022", ο οποίος έλαβε αριθμό ΕΣΗΔΗΣ «...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, όπως αναλυτικότερα ορίζεται στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης. Αντικείμενο της σύμβασης είναι : α) Προμήθεια Καυσίμων (πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη, πετρέλαιο θέρμανσης) και Λιπαντικών (οχημάτων, μηχανημάτων έργου) του Δήμου «...» για τα έτη 2019, 2020, 2021 και 2022, ποσού 5.244.225,88 € με το Φ.Π.Α., β) Προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο θέρμανσης και βενζίνης) για τη σχολική επιτροπή πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης για τα έτη 2020,2021 2022, ποσού 294.460,50 € με το Φ.Π.Α., γ) προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο θέρμανσης) για τη σχολική επιτροπή δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης για τα έτη 2020,2021 και 2022, ποσού 269.280,00 € με το Φ.Π.Α., δ) προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη, πετρέλαιο θέρμανσης) και λιπαντικών για τα οχήματα για το Δημοτικό οργανισμό Πολιτισμού Αθλητισμού «...» («...») για τα έτη 2019, 2020,2021 και 2022, ποσού 13.531,29 € με το Φ.Π.Α., ε) προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο κίνησης) και λιπαντικών για τα λεωφορεία της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών «...» («...») για τα έτη 2020, 2021 και 2022, ποσού 3.493.958,40 € με το Φ.Π.Α.. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : «...», «...», «...», «...». Η Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 11/02/2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η προκήρυξη και το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκαν στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με ΑΔΑΜ «...» στις 18/02/2020. Την 6η Απριλίου 2020, συνεδρίασε η Επιτροπή Διαγωνισμού του Δήμου και με υπ' αριθμό Ι Πρακτικό της περί "ΠΑΡΑΛΑΒΗΣ - ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗΣ ΚΑΙ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ", προέβη σε έλεγχο των δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς των συμμετεχόντων. Γνωμοδότησε, δε, προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, μεταξύ άλλων, α) ως προς την προσφεύγουσα, να γίνει δεκτή η προσφορά της για τα τμήματα 11, 19 και 27 και

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

να απορριφθεί η προσφορά της από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού για τα τμήματα 3, 5, 7, 13, 15, 21 και 23. Το ως άνω Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 15/04/2020. Την 24^η Απριλίου 2020, συνεδρίασε και πάλι η Επιτροπή του Διαγωνισμού του Δήμου και συνέταξε το υπ' αριθμ. ΙΙ Πρακτικό της περί "ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΩΝ". Την 19^η Μαΐου 2020 συνεδρίασε η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» και με την υπ' αριθμ. 269/2020 απόφαση αποφάσισε ότι «Εγκρίνει τα πρακτικά Ι & ΙΙ της Επιτροπής Διενέργειας Διεξαγωγής και Αξιολόγησης προσφορών του δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την "ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΔΗΜΟΥ «...» ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «...» 2019-2020", όπως αναλυτικά περιγράφονται στο εισηγητικό μέρος αυτής της απόφασης, κατακυρώνει το αποτέλεσμα του ανωτέρω διαγωνισμού και ανακηρύσσει προσωρινούς αναδόχους για κάθε τμήμα ξεχωριστά, ως εξής....
Ζ) Για τα τμήματα 5, 13, 21 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΔΗΜΟΥ «...» 2020-2022 ενδεικτικού προϋπολογισμού 256.525,00 € "...", την οποία ανακηρύσσει ΠΡΟΣΩΡΙΝΟ ΑΝΑΔΟΧΟ». Η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες την 22/05/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, την 28^η Μαΐου 2020, συνεδρίασε εκ νέου η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» και με την υπ' αριθμό 307/2020 απόφαση της, ενέκρινε εκ νέου το πρακτικό για την ανάδειξη προσωρινών μειοδοτών του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΔΗΜΟΥ «...» ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ «...» 2019-2022», όπως αναφέρεται αναλυτικά στην εισήγηση. Η εταιρία «...» αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα: 5, 7, 13, 15, 21 και 23 της προμήθειας. Η εν λόγω 307/2020 απόφαση κοινοποιήθηκε, μέσω της λειτουργίας επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ στις 29.05.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε στις 05.06.2020 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ την 05/06/2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, με την απόφαση 92/2020 του ΔΕφ. Πειραιά (Ακυρωτικός Σχηματισμός) κατόπιν σχετικής αίτησης αναστολής της προσφεύγουσας κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ εκρίθη ότι «με την 307/2020 δεύτερη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» ανακλήθηκε στο σύνολό της η 269/2020 πρώτη απόφαση αυτής, ανεξαρτήτως αν ο σκοπός της ανάκλησης από το εν λόγω όργανο του διαγωνισμού ήταν κατ' ουσία η αντικατάσταση («ορθή επανάληψη») της 269/2020 πράξης ως προς το τμήμα 3 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΔΟΠΑΡ 2019 – 2022, προϋπολογισμού 184,00 ευρώ, για το οποίο ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος, καθόσον ειδικά ως προς το τμήμα αυτό (σε αντίθεση με τα λοιπά τμήματα 7, 15, 23) η παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν είχε υποβάλει προσφορά, οπότε εσφαλμένα με την 269/2020 απόφαση ανακηρύχθηκε η εν λόγω εταιρεία προσωρινή ανάδοχος. Συνακόλουθα, η μόνη παραδεκτως προσβαλλόμενη με προσφυγή πράξη ενώπιον της ΑΕΠΠ φαίνεται να είναι η 307/2020 πράξη (πρβλ. ΣτΕ 691/2013 Ολ., 1170/2016, 1312/2016, κ.α.), κατά τον σχετικά προβαλλόμενο λόγο της κρινόμενης αίτησης που πιθανολογείται ως βάσιμος, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με το υπόμνημα της παρεμβαίνουσας εταιρείας είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Για τον λόγο αυτό, μη νόμιμα με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προδικαστική προσφυγή, διότι κρίθηκε αφενός ότι η 307/2020 πράξη είναι βεβαιωτική της 269/2020 πράξης, αφετέρου ότι η 269/2020 πράξη προσβάλλεται εκπρόθεσμα, ενώ, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά, έπρεπε να κριθεί ότι παραδεκτως προσβάλλεται με την προσφυγή η 307/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ως η μόνη εν προκειμένω εκτελεστή πράξη, περαιτέρω δε, η προσφυγή να εξετασθεί κατ' ουσία». Η ανωτέρω δικαστική απόφαση κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ στις 22-10-2020, η Αρχή προβαίνει σε συμμόρφωση με αυτήν εντός της ταχθείσας 20ήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της με αρ. 92/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, κατόπιν και της με αρ. 1810/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...]. Στο άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως έχει ενσωματωθεί στο Ελληνικό Δίκαιο με το άρθρο 54 του 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 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: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, 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,

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

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», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. 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». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. «9. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, κατά την κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τις ενιαίες προδιαγραφές που εκπονούνται από τις ΕΚΑΑ των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 41 και αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ. Στις περιπτώσεις διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης η οποία διενεργείται από ΚΑΑ, οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται είτε από την αναθέτουσα αρχή είτε από την ΚΑΑ. Αν έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχονται, τροποποιούνται, όπου απαιτείται, και εγκρίνονται από την ΚΑΑ». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν.4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ορίζεται ότι: «1. 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 απαραίτητων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης, 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης, ε) Η οποία υποβάλλεται

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, στ) Προσφορά υπό αίρεση, ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95. η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους [...]». Στο άρθρο 94 παρ. 4 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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 [...]», Στο άρθρο 102 παρ. 5, του άρθρου 102, του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παρ, 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, εάν επίκειται αποκλεισμός του από την διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

9. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης απαιτείται: α. Άρθρο 1.3 σελ.7 της Διακήρυξης): «...Προσφορές υποβάλλονται για όλα τα τμήματα ή για ένα μόνο τμήμα ή για ένα μόνο υποτμήμα όσον αφορά τις Σχολικές Επιτροπές Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης με την απαραίτητη προϋπόθεση να περιλαμβάνονται όλα τα υλικά και οι ποσότητες των υλικών του τμήματος ή του υποτμήματος». β. Άρθρο 2.1.3 : «...Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο δέκα 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα το αργότερο 6 ημέρες». γ. Άρθρο 2.4.3.2 (σελ.23 της Διακήρυξης): «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Απαιτήσεις-Τεχνικές προδιαγραφές», του Παραρτήματος ΙΑ της διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται». δ. Άρθρο 2.4.6: (σελ. 25 της Διακήρυξης): «...Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά, η οποία α)...β)...γ)...δ)...ε)...στ...ζ)...η)...θ) παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». ε. Άρθρο 3.1.1 (σελ. 27 της Διακήρυξης): «...Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».

10. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται (οικονομικοί φορείς), όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό (αναθέτουσα αρχή), το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, 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, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006).

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

11. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,OK. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,OK. 27). Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54).

12. Επειδή, οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

13. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαράδεκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...», «υποχρεωτικά» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνωμδ. ΝΣΚ 70/2002).

14. Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία του, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, έχει κριθεί ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005,1 Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012,1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται «επί ποινή αποκλεισμού» ή «υποχρεωτικώς». Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν στο σύνολο τους, अपαραβάτους όρους της διακήρυξης, πλην εάν ορίζεται ότι είναι προαιρετικές ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο αυτών (ΔΕΦΑΘ αναστ. 230/2012).

15. Επειδή, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣΤΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί υπό το προϋσχόν νομοθετικό καθεστώς περί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

16. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να τροποποιήσει, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά ή εάν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της σχετικής συμβάσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55, και της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Αριθμός απόφασης: 202 /2019 15 Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψεις 27 έως 29). Πάντως, από τα ανωτέρω δεν συνάγεται ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού θα ήταν, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπόμενη. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' εξαίρεση τη δυνατότητα διορθώσεως ή συμπληρώσεως των δεδομένων της συγγραφής υποχρεώσεων των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40) και σε κάθε περίπτωση υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των αρχών της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και της υποχρεώσεως διαφάνειας. Η απαίτηση αυτή σημαίνει, πρώτον, ότι οι σχετικές τροποποιήσεις, καίτοι μπορεί να είναι σημαντικές, δεν πρέπει να είναι τόσο ουσιώδεις ώστε θα είχαν προσελκύσει δυνητικούς προσφέροντες οι οποίοι, σε περίπτωση που δεν υφίσταντο οι τροποποιήσεις αυτές, δεν θα ήταν σε θέση να υποβάλουν προσφορά. Δεύτερον, η εν λόγω απαίτηση συνεπάγεται ότι οι τροποποιήσεις αυτές πρέπει να αποτελούν αντικείμενο επαρκούς δημοσιότητας, κατά τρόπον ώστε να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια δυνητικούς προσφέροντες η δυνατότητα να λάβουν γνώση των τροποποιήσεων αυτών υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και κατά το ίδιο χρονικό σημείο. Τρίτον, η ίδια απαίτηση προϋποθέτει επιπροσθέτως, αφενός, ότι οι εν λόγω τροποποιήσεις πρέπει να έχουν επέλθει πριν από την εκ μέρους των προσφερόντων υποβολή των προσφορών, και, αφετέρου, ότι η προθεσμία για την υποβολή των εν λόγω προσφορών πρέπει να παρατείνεται όταν οι τροποποιήσεις αυτές είναι σημαντικές (C-298/15, «Borta» UAB, ECLI:EU:C:2017:266 σκ.70-76 αλλά και προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως E. Sharpston σχετικά με την εν λόγω υπόθεση).

17. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«Επειδή, για το υπ' αριθμ. 4 είδος «Λιπαντικό μηχανής συνθετικό βενζινοκινητήρων τύπου SAE 10W/40»», απαιτούνται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, οι κάτωθι προδιαγραφές:*

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

«ACEA A3/B3, A4/B4. API SN/SM/SL/CF, M/B 229.31, 229.51, VW 502.00/505.00/504.00/507.00». Επειδή, σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 2/13498/13-03-2020 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής προσδιορίστηκε ότι: «Για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης, οι προδιαγραφές VW 504.00 και 507.00, δεν ισχύουν». Επειδή, με την υπ' αριθμ. 307/20 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», η εταιρεία μας αποκλείστηκε από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού για τα τμήματα 3, 7, 15, 23, 5, 13 και 21 της προμήθειας, με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο, από εμάς, λιπαντικό «...» SAE 10W/40», για το υπ' αριθμ. 4 είδος, δεν καλύπτει την ειδικότερη προδιαγραφή «M.B. 229.51». Επειδή, η προδιαγραφή «M.B. 229.51», δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής σε λιπαντικά ρευστότητας SAE 10W/40. Και τούτο γιατί, όπως προκύπτει από την επίσημη λίστα της M.B, η προδιαγραφή M.B. 229.51 έχει εφαρμογή μόνο σε λιπαντικά βενζινοκινητήρων, ρευστότητας SAE 5W/30, SAE 5W/40, SAE 0W/30 και SAE 0W/40. Μεταξύ των λοιπών απαιτήσεων, η «M.B. 229.51» (συν. 2), απαιτεί οικονομία καυσίμου (βάσει σχετικού test με λιπαντικό αναφοράς). Η απαιτούμενη οικονομία καυσίμου δεν μπορεί να επιτευχθεί με λιπαντικά 10W/XX, γι' αυτό και το σχετικό test αναφέρει μόνο 0W/30, 0W/40, 5W/30 και 5W/40. Το γεγονός αυτό επιβεβαιώνεται πλήρως και απολύτως από τη λίστα εγκεκριμένων λιπαντικών για την προδιαγραφή «M.B. 229.51», στην οποία δεν αναφέρεται κανένα λιπαντικό ρευστότητας 10W/XX. Επίσης, στα τεχνικά φυλλάδια των παραγωγών πρόσθετων, δεν λαμβάνει χώρα καμία αναφορά σε λιπαντικά 10W/XX που να καλύπτουν την προδιαγραφή «M.B. 229.51». Επειδή, η εταιρεία μας δεν προέβη σε διευκρινιστική ερώτηση, σύμφωνα με το άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης, καθώς την επισήμανση της μη εφαρμογής της προδιαγραφής «M.B. 229.51», την είχε ήδη υποβάλει η εταιρεία με την επωνυμία «...» με το από 09/03/2020 έγγραφό της και συνεπώς καθίσταται περιττή νέα επανάληψη της ίδιας επισήμανσης. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. 2/13498/13-03-2020 έγγραφό της, επέμεινε στη διατήρηση της ανύπαρκτης, για λιπαντικό ρευστότητας 10W/XX, προδιαγραφής «M.B. 229.51» για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης, απορρίπτοντας ουσιαστικά τις ως άνω επισημάνσεις της εταιρείας με την επωνυμία «...». Επειδή, η παραγωγική μας εταιρεία με την επωνυμία «...», δεν συμπεριέλαβε την

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

προδιαγραφή «M.B. 229.51» στο προσφερόμενο, για το υπ' αριθμ. 4 είδος της Μελέτης, λιπαντικό «...» SAE 10W/40», καθώς δεν μπορούσε να συμπεριλάβει προδιαγραφή η οποία δεν είναι υπαρκτή για λιπαντικά ρευστότητας SAE 10W/40. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον επίκειται αποκλεισμός της εταιρείας μας, όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις για την μη αποδοχή της προδιαγραφής «M.B. 229.51». Αντιθέτως, η μη νόμιμη εφαρμογή της ως άνω διατάξεως οδήγησε στον αποκλεισμό της προσφοράς της εταιρείας μας για τα τμήματα 3, 7,15, 23, 5,13 και 21 της προμήθειας. Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές, εφόσον είναι ανύπαρκτες για συγκεκριμένο απαιτούμενο προϊόν, ελέγχονται με βάση την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας προϊόν πληροί τις ισχύουσες - υπαρκτές απαιτούμενες προδιαγραφές και συνεπώς η προσφορά της εταιρείας μας είναι απολύτως σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις απαιτήσεις της μελέτης. Επειδή, μη νόμιμα με την υπ' αριθμ. 307/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, απορρίφθηκε η προσφορά μας με την αιτιολογία ότι προσφερόμενο λιπαντικό δεν καλύπτει την ως άνω προδιαγραφή. καθώς η τελευταία είναι ανύπαρκτη για το συγκεκριμένο, απαιτούμενο από τη Διακήρυξη, προϊόν...». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας υποστηρίζοντας, ότι θα έπρεπε να αποκλειστεί από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας υποστηρίζοντας ότι η προσφορά της δεν πληροί τους οικείους όρους της διακήρυξης και δη ότι δεν πληροί τις προδιαγραφές ACEA E όπως αυτές ορίζονται από το πρότυπο ACEA 2016. .

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει διά των απόψεων της ότι «...στην υπ' αριθμό Πρωτοκόλλου: «...» Διακήρυξη του Δήμου «...» αναφέρεται ρητά: «Οι προδιαγραφές λιπαντικών θα είναι σύμφωνα με τις Κ.Υ.Α 526/2004/05 (ΦΕΚ 630/Β/12-05- 2005), 12/95 (ΦΕΚ 471 Β'/95), 350/12 (ΦΕΚ 2988 Β/13) και της 76/2018 (ΦΕΚ 3292 Β/2018), όσον αφορά τα μηχανέλαια, τις βαλβολίνες, τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, υγρά κυκλώματα ψύξης, υγρά πεδήσεως οχημάτων και γράσων αντίστοιχα» «Για τα προσφερόμενα λιπαντικά θα κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού σε

επίσημο έγγραφο της εταιρείας παραγωγής τα λεπτομερή φυσικά και χημικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται αντίστοιχα στα προαναφερόμενα ΦΕΚ έτσι ώστε από τα αναγραφόμενα τυπικά και φυσικοχημικά χαρακτηριστικά επί των τεχνικών φυλλαδίων να πιστοποιείται η συμμόρφωση των λιπαντικών με τις προαναφερόμενες ΚΥΑ, καθώς και η διάρκεια ζωής των λιπαντικών (διανυθέντα χιλιόμετρα οχήματος ή ώρες λειτουργίας)». Επιπλέον η εταιρεία «...» απορρίφθηκε διότι η τεχνική προσφορά της δεν ήταν πλήρης, εφόσον δεν πληρούταν η προδιαγραφή MB229.51 για το υπ' αριθμόν 4 λιπαντικό της διακήρυξης. Η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι κατάλληλη για όλα τα ιξώδη λιπαντικών για οικονομία καυσίμου και δεν υπάρχει κάποιος επίσημος περιορισμός. Η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παράλειψη της προδιαγραφής MB 229.51 οδηγεί σε μη κάλυψη των προδιαγραφών που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή και άρα απορρίπτεται όλη η ομάδα των προσφερόμενων ειδών. Η εν λόγω εταιρεία έχοντας αποκλειστεί και μην έχοντας έννομο και ενεστώς συμφέρον από τη διενέργεια του διαγωνισμού πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή της και να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία ως έχει. 2. Στο ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005, Άρθρο 5: Υλικά και ιδιότητες, παράγραφος 2.6 Θεϊκή Τέφρα αναγράφεται: Τα λιπαντικά για τους διάφορους τύπους μηχανών θα πρέπει να έχουν θεϊκή τέφρα σε ποσοστό μικρότερο ή ίσο της τιμής που προβλέπεται στον πίνακα του Παραρτήματος VI δηλαδή για προδιαγραφή ACEA E ≤ 2.0 , A1,B1 ≤ 1.3 , A2,A3,A5,B3 ≤ 1.5 , B2 ≤ 1.8 και B4,B5 ≤ 1.6 . Στο ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005 Άρθρο 5: Υλικά και ιδιότητες, παράγραφος 2.5 Χημικές απαιτήσεις αναγράφεται: «Όλα τα χαρακτηριστικά της παραγράφου 4.1 (β) όταν εξετάζονται με τις μεθόδους του πίνακα 3 θα πρέπει να βρίσκονται μέσα στα όρια των τιμών, που έχουν δηλωθεί από τον παρασκευαστή. Αποκλίσεις από τα ανωτέρω όρια επιτρέπονται μόνο -10% έως +20%». Σύμφωνα πάντα με το ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005 όπου δεν αναγράφονται ενδεικτικές τιμές για τον ολικό αριθμό βάσεων, δεν τίθεται λόγος αποκλεισμού. Επιπλέον προκύπτει ότι μέσα στα επιτρεπτά όρια αποκλίσεων οι τιμές της εταιρείας «...», ως παρασκευαστής λιπαντικών, για τον ολικό αριθμό Βάσεων (TBN) πληρούν και τις προδιαγραφές που ορίζονται από το ACEA 2016 για όλα τα κατατιθέμενα

προϊόντα. Επιπροσθέτως όλα τα κατατιθέμενα προϊόντα της εταιρείας «...» έχουν λάβει αριθμό έγκρισης και εγκριθεί από το Γενικό Χημείο του Κράτους για όλες τις αναγραφόμενες προδιαγραφές επί των τεχνικών φυλλαδίων, οπότε δεν μπορεί να αμφισβητηθεί η πλήρωση των προδιαγραφών αυτών συσσωρευτικά για κάθε προσφερόμενο λιπαντικό».

19. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «*Η Προδικαστική προσφυγή αναφέρεται σε τέσσερα (4) προσφερόμενα προϊόντα-κατά τους ισχυρισμούς της εταιρείας «...» -επί της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας- για τους οποίους λόγους η προσφορά της εταιρείας πρέπει να απορριφθεί. Επί των αιτιάσεων της προσβαλλόμενης πράξης επικαλούμεθα τα εξής: 1. Σχετικά με τον 1ο Λόγο της εταιρείας «...», αναγράφεται για την προδιαγραφή MB 229.51 στο επίσημο site της Mercedes-Benz: '229.51 Low SPash multigrade service engine oils The following product list should help you to select the correct operating fluid for your vehicle/maior assembly from the variety of products in the market. We are recommending to use exclusively the products listed in the following overview, because only these products have been tested and approved by Mercedes-Benz. We recommend using only products which are distinctly marked with the label indicating the approval of Mercedes-Benz, e.g. "MB-Approval 229.51". Labels referring e.g. to "MB 229.51" don't have an approval of Mercedes-Benz. Which are listed in the current MB BeVo. Only listed products are tested and approved by Mercedes-Benz'. Επομένως η προδιαγραφή αυτή συνίσταται για τα λιπαντικά με ιξώδη 0W-30, 0W-40, 5W-30, 5W-40, χωρίς να αναιρεί την ύπαρξη λιπαντικών με τη συγκεκριμένη προδιαγραφή σε διαφορετικά ιξώδη. Συγκεκριμένα τα προϊόντα που αναγράφονται στην επίσημη λίστα της MB είναι αυτά που έχουν ελεγχθεί και έχουν πάρει έγκριση από τη MERCEDES-BENZ και δεν αποτελούν το σύνολο των διαθέσιμων λιπαντικών με άδεια κυκλοφορίας και την πληρότητα της προδιαγραφής MB 229.51 που υπάρχουν στην αγορά. Εξάλλου δεν υφίσταται κάποια επίσημη ανάρτηση ή οδηγία που να εξετάζει αν υφίσταται η όχι η προδιαγραφή MB 229.51 σε λιπαντικά ιξώδους 10W-40 και σύμφωνα με τα πιο σύγχρονα πρόσθετα και ελέγχους μπορεί να καλύπτεται και σε μεγαλύτερα ιξώδη. Σε ιστοσελίδα του διαδικτύου υπάρχει αναρτημένο λιπαντικά ιξώδους 10W-40 με την προδιαγραφή MB 229.51, όπως φαίνεται και στο παρακάτω*

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

συνημμένο: [//www.antallaktikaonline.gr/ladia-autokinhtou/mb-229-51?viscosity%5B%5D=sae-10w-40](http://www.antallaktikaonline.gr/ladia-autokinhtou/mb-229-51?viscosity%5B%5D=sae-10w-40) Οι προδιαγραφές που ζητούνται για το υπ' αριθμόν 4 προϊόν είναι: «Λιπαντικά μηχανής συνδετικά βενζινοκινητήρων τύπου: SAE 10W-40 ACEA A3/B3, A4/B4. API SN/SM/SL/CF M/B 229.31, 229.51, VW 502.00/505.00/504.00/507.00». Ο Δήμος τονίζει όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές: «Τα προσφερόμενα λιπαντικά θα πρέπει να πληρούν ή και να υπερκαλύπτουν συσσωρευτικά τις παρακάτω τεχνικές προδιαγραφές». Τυχόν απόκλιση από τις ζητούμενες προδιαγραφές του Δήμου όταν υπάρχουν λέξεις όπως επί ποινη αποκλεισμού, πρέπει, οδηγεί σε μη κάλυψη των ζητούμενων προδιαγραφών και άρα αποκλεισμό από τα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού. Επιπλέον στο υπ' αριθμό Πρωτοκόλλου 2/13498/13-03-2020 διευκρινιστικό έγγραφο του Δήμου παρότι τέθηκε ερώτηση για την συγκεκριμένη προδιαγραφή δεν έγινε λόγος από το Δήμο, παρά μόνο για τις προδιαγραφές VW τα εξής: «α. Για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης οι προδιαγραφές VW 504.00 και 507.00, δεν ισχύουν». Συνεπώς ορθώς η εταιρεία «...» αποκλείσθηκε από επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Με την απόρριψη της προσφοράς της συγκεκριμένης εταιρείας δεν νοείται πλέον έννομο και ενεστώδες συμφέρον από την διενέργεια του διαγωνισμού και οι υπόλοιποι λόγοι προσφυγής της εταιρείας θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι. Η προσφορά της ανωτέρω εταιρείας απερρίφθη στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς λόγω ελλείψεων στα δικαιολογητικά συμμετοχής. Επομένως σε κάθε περίπτωση -είτε η αναθέτουσα αρχή συνέχιζε τον διαγωνισμό μόνο βάσει της δικής μας προσφοράς είτε όχι- η προσφεύγουσα εταιρεία είχε ήδη αποκλειστεί από την συνέχεια του διαγωνισμού. Συνεπώς, η εν λόγω εταιρεία δεν είχε πλέον έννομο συμφέρον στην άσκηση της προσφυγής, καθότι ούτως ή άλλως εκείνη δεν θα συμμετείχε στην συνέχεια του διαγωνισμού και για αυτό οι υπόλοιποι λόγοι θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι. Στην υπ' αριθμό Πρωτοκόλλου: «...» Διακήρυξη του Δήμου «...» αναφέρεται ρητά: «Οι προδιαγραφές λιπαντικών θα είναι σύμφωνα με τη Κ.Υ.Α 526/2004/05 (ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005). 12/95 (ΦΕΚ 471 Β/95). 350/12 (ΦΕΚ 2988 Β/13L και της 76/2018 (ΦΕΚ 3292 Β/2018), όσον αφορά τα μηχανέλαια, με βαλβολίνες, τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, υγρά κυκλώματα ψύξης, υγρά πεδήσεως οχημάτων και γράσων αντίστοιχα» «Για τα

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

προσφερόμενα λιπαντικά θα κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού σε επίσημο έγγραφο της εταιρείας παραγωγής τα λεπτομερή Φυσικά και χημικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται αντίστοιχα στα προαναφερόμενα ΦΕΚ έτσι ώστε από τα αναγραφόμενα τυπικά και φυσικοχημικά χαρακτηριστικά επί των τεχνικών φυλλαδίων να πιστοποιείται η συμμόρφωση των λιπαντικών με τις προαναφερόμενες ΚΥΑ, καθώς και η διάρκεια ζωής των λιπαντικών διανυθέντα χιλιόλιτρα οχήματος ή ώρες λειτουργίας)». Στο ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005, Άρθρο 5: Υλικά ιδιότητες, παράγραφος 2.6 Θεϊκή Τέφρα αναγράφεται: Τα λιπαντικά για τους διάφορους τύπους μηχανών θα πρέπει να έχουν θεϊκή τέφρα σε ποσοστό μικρότερο ή ίσο της τιμής που προβλέπεται στον πίνακα του Παραρτήματος VI. Στον ανωτέρω Πίνακα του ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005 προκύπτει η θεϊκή τέφρα για προδιαγραφές ACEA E μικρότερη ή ίση της τιμής 2.0. Εξ' αυτών και σύμφωνα με τις προδιαγραφές που θέλει ο Δήμος να πληρούνται για τα οχήματα που διαθέτει, η εταιρεία μας προσκόμισε τα σωστά προϊόντα «...» EXTRA G SAE 15W-40, «...» FULL SYN SAE 10W-40. Συνεπώς και εφόσον η προσφορά μας ακολουθεί ένα εθνικό πρότυπο(ΦΕΚ), το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, ουδείς λόγος αποκλεισμού είναι βάσιμος. Στο διευκρινιστικό έγγραφο με αριθμό τιρωτοκόλλου:2/13498/13-03-2020 η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει: «ii. Οι προδιαγραφές που έχουν τεθεί κατά ACEA θα πρέπει να καλύπτουν και να έχουν λάβει έγκριση για την κυκλοφορία τους στην Ελλάδα από το Γενικό Χημείο του Κράτους, σύμφωνα με την ισχύουσα επίσημη έκδοση του ACEA, έτους 2016», «ιβ. Τα λεπτομερή φυσικοχημικά χαρακτηριστικά που πρέπει να αναγράφονται στα τεχνικά φυλλάδια της παραγωγικής εταιρείας, είναι τα προβλεπόμενα από τις ΚΥΑ 526/2004/05, 12/95, 350/15 και 76/2018». Εξ' αυτών δεν προκύπτουν σε καμία περίπτωση με σαφήνεια οι τεχνικές προδιαγραφές και τα χαρακτηριστικά που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και,

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Η αναθέτουσα αρχή παραβιάζοντας την αρχή ίσης μεταχείρισης δεν αποσαφήνισε τις απαιτήσεις της σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές των προσφερόμενων λιπαντικών, προβάλλοντας αμφισημία στο αν τα Φυσικοχημικά χαρακτηριστικά θα ακολουθούν τις απαιτήσεις του ΦΕΚ 630/B/12-05-2005 ή το πρότυπο ACEA 2016. Συνεπώς η εταιρεία μας υπέβαλε τα σωστά χαρακτηριστικά των προϊόντων σύμφωνα με το ΦΕΚ 630/B/12-5-2005. Στο ΦΕΚ 630/B/12-05-2005 Άρθρο 5: Υλικά και ιδιότητες, παράγραφος 2.5 Χημικές απαιτήσεις αναγράφεται: «Όλα τα χαρακτηριστικά της παραγράφου 4.1 (β) όταν εξετάζονται με τις μεθόδους του πίνακα 3 & α πρέπει να βρίσκονται μέσα στα όρια των τιμών, που έχουν δηλωθεί από τον παρασκευαστή. Αποκλίσεις από τα ανωτέρω όρια επιτρέπονται μόνο -10% έως +20%». Τα χαρακτηριστικά της παραγράφου 4.1(β) είναι τα εξής: ειδικό βάρος, θειϊκή τέφρα, ολικός αριθμός βάσεων, θείο, φώσφορο, ασβέστιο, βάριο, ψευδάργυρος κ.λ.π. Η εταιρεία μας ως παρασκευαστής των προϊόντων εκτελεί ελέγχους και μετρήσεις των προσφερόμενων λιπαντικών, με αποκλίσεις στα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά τους μέσα στο πλαίσιο από -10% έως +20%, όπως εξάλλου ορίζεται και από το προαναφερθέν ΦΕΚ. Εξάλλου στα τεχνικά φυλλάδια αναγράφεται: *All statements, information and data presented herein are believed to be accurate and reliable, but are not to be taken as a guarantee, an express warranty, or an implied warranty of merchantability or fitness for a particular purpose, or representation, express or implied, for which Ashland Inc. and its subsidiaries assume legal responsibility.* Προκύπτει λοιπόν ότι οι αναγραφόμενες επί των τεχνικών φυλλαδίων τιμές των φυσικοχημικών χαρακτηριστικών είναι αξιόπιστες και ακριβείς, αλλά δύνανται να διαφοροποιούνται και δεν πρέπει υπολογίζονται ως δεσμευτικές και ως αυστηρή εγγύηση της εταιρείας παραγωγής. Συνεπώς τα προϊόντα «...» EXTRA SAE 20W-40, «...» 4T SYNTHETIC SAE 5W-50 δεν μπορούν να απορριφθούν ως ακατάλληλα προϊόντα για τα μηχανήματα του Δήμου. Εξάλλου μέσα στα επιτρεπτά όρια αποκλίσεων οι τιμές της εταιρείας «...», ως παρασκευαστής λιπαντικών, για τον ολικό αριθμό Βάσεων (TBN) πληρούν και τις προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

που ορίζονται από το ACEA 2016 για όλα τα κατατιθέμενα προϊόντα. Επιπλέον όλα τα προϊόντα της εταιρείας μας έχουν ελεγχθεί και πάρει έγκριση, έχουν καταχωρηθεί στο Γενικό Χημείο του Κράτους και δεν υπάρχει ουδεμία αμφιβολία για την τήρηση όλων των προδιαγραφών σωρευτικά. Σε κάθε περίπτωση αμφισβήτησης των προδιαγραφών και προς άρση οποιονδήποτε τυχόν αμφιβολιών, βρίσκονται στην διάθεση οιοδήποτε τρίτου, στο Γενικό Χημείο του Κράτους. Στην διακήρυξη, παράγραφος 6.2 Παραλαβή υλικών - Χρόνος και τρόπος παραλαβής υλικών αναγράφεται: «..Κατά την διαδικασία παραλαβής των υλικών διενεργείται ποσοτικός και ποιοτικός έλεγχος και εφόσον το επιθυμεί απορεί να παραστεί και ο ανάδοχος. Ο ποιοτικός έλεγχος των υλικών γίνεται με τον/τους ακόλουθο/ους τρόπο/ους. Η υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να αποστέλλει δείγματα από τα καύσιμα και τα λιπαντικά ώστε να ελέγχεται τόσο η ποιότητα όσο και αν πληρούν τις απαιτούμενες προδιαγραφές στο Γενικό Χημείο του Κράτους..». Επομένως σε επόμενο στάδιο υπάρχει η δυνατότητα ελέγχου των προδιαγραφών των προσφερόμενων προϊόντων από την ίδια την Υπηρεσία του Δήμου με αποστολή δειγμάτων προς το Γενικό Χημείο του Κράτους. Από αυτό προκύπτει ότι δύναται η δυνατότητα στον Δήμο να αξιολογήσει τα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά των προϊόντων και κατά το στάδιο παραλαβής των υλικών, όπως ορίζεται και από τη παράγραφο 6.2 της οικείας Διακήρυξης. Στην παράγραφο 3.1.1. Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών της Διακήρυξης αναγράφεται: «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016». Υπήρχε λοιπόν η δυνατότητα για πρόσκληση διευκρίνισης των φυσικοχημικών χαρακτηριστικών των προσφερόμενων προϊόντων, χωρίς να υπάρξουν αλλοιώσεις ή επιπρόσθετα στοιχεία στην τεχνική προσφορά της εταιρείας μας».

20. Επειδή, με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «...όπως προαναφέραμε και με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 693/05-06-2020 προδικαστική προσφυγή μας, η προδιαγραφή «M.B. 229.51», δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής σε λιπαντικά ρευστότητας SAE 10W/40. Και τούτο γιατί, όπως προκύπτει από την επίσημη λίστα της M.B (συν. 1 της προδικαστικής

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

προσφυγής), η προδιαγραφή M.B. 229.51 έχει εφαρμογή μόνο σε λιπαντικά βενζινοκινητήρων, ρευστότητας SAE 5W/30, SAE 5W/40, SAE 0W/30 και SAE 0W/40. Μεταξύ των λοιπών απαιτήσεων, η «M.B. 229.51» (συν. 2 της προδικαστικής προσφυγής), απαιτεί οικονομία καυσίμου (βάσει σχετικού test με λιπαντικά αναφοράς). Η απαιτούμενη οικονομία καυσίμου δεν μπορεί να επιτευχθεί με λιπαντικά 10W/XX, γι' αυτό και το σχετικό test αναφέρει μόνο 0W/30, 0W/40, 5W/30 και 5W/40. Το γεγονός αυτό επιβεβαιώνεται πλήρως και απολύτως από τη λίστα εγκεκριμένων λιπαντικών για την προδιαγραφή «M.B. 229.51», στην οποία δεν αναφέρεται κανένα λιπαντικό ρευστότητας 10W/XX. Επίσης, στα τεχνικά φυλλάδια των παραγωγών πρόσθετων, δεν λαμβάνει χώρα καμία αναφορά σε λιπαντικά 10W/XX που να καλύπτουν την προδιαγραφή «M.B. 229.51». Επιπροσθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή άλως αβασίμως αναφέρει στις από 24-6-2020 απόψεις της ότι «...η προδιαγραφή «M.B. 229.51» για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της διακήρυξης. Η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι κατάλληλη για όλα τα ιξώδη λιπαντικών για οικονομία καυσίμου και δεν υπάρχει κάποιος επίσημος περιορισμός». Ο ισχυρισμός αυτός παρίσταται αναληθής, διότι η M.B. δεν εφαρμόζει την προδιαγραφή 229.51 σε λιπαντικά ρευστότητας 10W/XX, όπως το ζητούμενο προϊόν. Πρόκειται, συνεπώς, περί ανύπαρκτης προδιαγραφής, η δε επιμονή της αναθέτουσας Αρχής σε αυτή για λιπαντικά 10W/40, καθίσταται προβληματική. Επειδή, όπως προαναφέραμε με την ΓΑΚ ΑΕΠΠ 693/05-06-2020 προδικαστική προσφυγή μας, το υπ' αριθμ. πρωτ. 30/004/000/298/30-01-2019 έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους (συν. 7 της προδικαστικής προσφυγής) και το με αριθμ. πρωτ. 30/004/000/1984/30 04-2018 έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους καθορίζουν ότι λιπαντικό με TBN < 10 δεν καλύπτει την προδιαγραφή ACEA A3/B4-16, λιπαντικό με ποσοστό θειικής τέφρας 0,8 δεν μπορεί να καλύπτει την προδιαγραφή ACEA A3/B4 και λιπαντικό MEK με TBN =10 mg KOH/g δεν μπορεί να καλύπτει συσσωρευτικά τις προδιαγραφές ACEA E7/E4, αλλά μόνο την E7. Περαιτέρω, σύμφωνα με το πρότυπο ACEA 2016 (τελευταία αναθεώρηση-εν ισχύ από 1-12-2018-ΟUV.4 της προδικαστικής προσφυγής) απαιτείται όπως για λιπαντικά με προδιαγραφές ACEA A3/B4 να πληρούται η ειδικότερη προδιαγραφή «TBN mg KOH/g > 10» και η ειδικότερη προδιαγραφή «θειική τέφρα (1.5. sulphated ash) > 1.0 and < 1.6». Η αναθέτουσα Αρχή, εν προκειμένω, αφ' ενός μεν δεν

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

έλαβε καθόλου υπόψη τις ως άνω ρητές παραδοχές-διευκρινίσεις του Γενικού Χημείου του Κράτους, αφ' ετέρου αναληθώς αναγράφει ότι στην ΚΥΑ 526/2004/05 (ΦΕΚ Β/630/2005) δεν αναφέρονται τιμές για τον ολικό αριθμό βάσεων (TBN), καθώς σύμφωνα με το άρθρο 4 αυτής, πρέπει να κατατεθεί η τιμή των ολικών αριθμών βάσεων (TBN) για να λάβει έγκριση κυκλοφορίας. Αντιθέτως, αρκέστηκε στη γενικόλογη και αόριστη αναφορά ότι «.. όλα τα κατατεθειμένα προϊόντα της εταιρείας «...» έχουν λάβει αριθμό έγκρισης από το Γενικό Χημείο του Κράτους για όλες τις αναφερόμενες προδιαγραφές επί των τεχνικών φυλλαδίων, οπότε δεν μπορεί να αμφισβητηθεί η πλήρωση των προδιαγραφών αυτών συσσωρευτικά για κάθε προσφερόμενο λιπαντικά». Άλλωστε, το γεγονός ότι ένα προϊόν έχει λάβει έγκριση από το Γενικό Χημείο του Κράτους, δεν σημαίνει ότι πληροί και τις ειδικές προδιαγραφές που απαιτούνται από την ΚΥΑ 526/2004/05 (ΦΕΚ Β/630/2005) και από την επίσημη έκδοση ACEA του έτους 2016 που ισχύει στον εν θέματι διαγωνισμό».

21. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, εάν έστω και ένα προϊόν δεν προσφέρεται ή δεν καλύπτει συσσωρευτικά όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή, ή δεν έχει έγκριση κυκλοφορίας που δίδεται μετά την καταχώρισή του στον κατάλογο που τηρεί η αρμόδια Διεύθυνση του Γενικού Χημείου του Κράτους για όλες τις απαιτούμενες από τη μελέτη προδιαγραφές ή δεν καλύπτει όλες της απαιτήσεις του Παραρτήματος Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, τότε η προσφορά δέον να απορρίπτεται (ΔΕφΠατρ. 9/2019).

22. Επειδή, ειδικότερα, η υπ' αριθμ. 526/2004/28.4.2005 με τίτλο «Απαιτήσεις, όροι κυκλοφορίας και μέθοδοι ελέγχου των λιπαντικών μηχανών εσωτερικής καύσης (ΦΕΚ Β' 630/12.5.2005)» κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών-Ανάπτυξης-Περιβάλλοντος, στην οποία παραπέμπει η διακήρυξη του διαγωνισμού, ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής :
«Άρθρο 1. Σκοπός Η παρούσα προδιαγραφή καλύπτει λιπαντικά που προορίζονται να χρησιμοποιηθούν για τη λίπανση των βενζινοκινητήρων και των πετρελαιοκινητήρων των τετράχρονων δίκυκλων και εξωλέμβιων, των επιβατηγών και των φορτηγών αυτοκινήτων, των λεωφορείων καθώς και των εκτός δρόμου οχημάτων που εργάζονται κάτω από ελαφρές, μέτριες έως και βαριές συνθήκες λειτουργίας και για μία ευρεία περιοχή θερμοκρασιών

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

περιβάλλοντος. Άρθρο 2 Τύποι λιπαντικών τετράχρονων ΜΕΚ 1. Η παρούσα προδιαγραφή περιλαμβάνει όλες τις βαθμίδες ιξώδους μονότυπων και πολύτυπων λιπαντικών, σύμφωνα με την εκάστοτε ισχύουσα προδιαγραφή SAE. 2. Από απόψεως επιπέδου ποιότητας, τα λιπαντικά της παρούσας ανταποκρίνονται στις παρακάτω προδιαγραφές καθώς και στις εκάστοτε νεώτερες που αποτελούν εξελίξεις προγενέστερων. API SC, SD,SE,SF SG,SH,SJ,SL CC CD,CF,CE CF-4,CG-4,CH-4,CI-4. ACEA - A1,A2,A3 - B1,B2,B3,B4 - E1,E2,E3,E4,E5. Άρθρο 3 Σχετικά πρότυπα και βοηθήματα 1. API PUBLICATION 1509 ENGINE OIL CLASSIFICATION SYSTEM AND GUIDE TO CRANKCASE OIL SELECTION 2. ASTM D 4485 STANDARD SPECIFICATION FOR PERFORMANCE OF ENGINE OILS3. 3. SAE J 300 ENGINE OIL VISCOSITY - CLASSIFICATION. 4. ACEA EUROPEAN AUTOMOBILE MANUFACTURES ASSOCIATION - SERVICE FILL OILS FOR GASOLINE ENGINES, LIGHT DUTY DIESEL ENGINES, HEAVY DUTY DIESEL ENGINES. Για τα παραπάνω πρότυπα ισχύει η τελευταία ημερομηνία έκδοσης. Άρθρο 4 Απαιτήσεις 1. Όροι κυκλοφορίας Οι παραγωγοί λιπαντικών στην Ελλάδα καθώς και οι εισαγωγείς Λιπαντικών (από χώρες της Ε.Ε. ή ΕΖΕΣ) υποχρεούνται να υποβάλουν στη Διεύθυνση Πετροχημικών του Γ.Χ.Κ. υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα αναφέρουν για κάθε τύπο λιπαντικού που παράγουν ή που εισάγουν: α) Την εμπορική ονομασία και τον κωδικό αριθμό του προϊόντος (αν υπάρχει). β) Τα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του προϊόντος ήτοι: - Ειδικό βάρος - Ολικό αριθμό βάσεων - Θειϊκή τέφρα - Θείο - Φωσφόρο - Ασβέστιο - Βάριο - Ψευδάργυρο κ.λπ. (όσα υπάρχουν στα πρόσθετα) - Φάσμα IR - Αριθμό ιξώδους SAE - Ποιότητα κατά API και ACEA- Licence Agreement με το API. [...]» (βλ. ΔΕφΘεσ 128/2019). Αντίστοιχα, το άρθρο 1 (σκοπός και πεδίο εφαρμογής) της ΚΥΑ 350//2012(ΚΥΑ 350/2012 ΦΕΚ Β 2988/2013) αναφέρει ρητώς «Η παρούσα προδιαγραφή καλύπτει λιπαντικά που προορίζονται να χρησιμοποιηθούν για τη λίπανση των δίχρονων κινητήρων μοτοσυκλετών, οχημάτων χιονιού (snowmobile) και εξωλέμβιων».

23. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της εξεταζόμενης υπόθεσης κρίνονται τα κάτωθι. Στην υπ' αριθμό Πρωτοκόλλου «...» Διακήρυξη του Δήμου «...» διαλαμβάνεται ρητώς ότι «Οι προδιαγραφές λιπαντικών θα είναι σύμφωνα με τις Κ.Υ.Α 526/2004/05 (ΦΕΚ 630/Β/12-05- 2005), 12/95 (ΦΕΚ

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

471 Β'95), 350/12 (ΦΕΚ 2988 Β/13) και της 76/2018 (ΦΕΚ 3292 Β/2018), όσον αφορά τα μηχανέλαια, τις βαλβολίνες, τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, υγρά κυκλώματα ψύξης, υγρά πεδήσεως οχημάτων και γράσων αντίστοιχα» «Για τα προσφερόμενα λιπαντικά θα κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού σε επίσημο έγγραφο της εταιρείας παραγωγής τα λεπτομερή φυσικά και χημικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται αντίστοιχα στα προαναφερόμενα ΦΕΚ έτσι ώστε από τα αναγραφόμενα τυπικά και φυσικοχημικά χαρακτηριστικά επί των τεχνικών φυλλαδίων να πιστοποιείται η συμμόρφωση των λιπαντικών με τις προαναφερόμενες ΚΥΑ, καθώς και η διάρκεια ζωής των λιπαντικών (διανυθέντα χιλιόμετρα οχήματος ή ώρες λειτουργίας)». Συναφώς στην σελ. 41 της διακήρυξης ορίζεται ρητώς ότι «Τα προσφερόμενα λιπαντικά θα πρέπει να πληρούν ή και να υπερκαλύπτουν συσσωρευτικά τις παρακάτω τεχνικές προδιαγραφές» και ειδικότερα το είδος 4 «Λιπαντικά μηχανής συνθετικά βενζινοκινητήρων τύπου: SAE 10W-40», απαιτείται να φέρει προδιαγραφές «ACEA A3/B3, A4/B4. API SN/SM/SL/CF M/B 229.31, 229.51, VW 502.00/505.00/504.00/507.00». Με το από 09/03/2020 ερώτημα της προς την αναθέτουσα αρχή η εταιρία «...» είχε υποστηρίξει αυτολεξεί ότι «Για το προϊόν Νο.4 της μελέτης «Λιπαντικά μηχανής συνθετικά βενζινοκινητήρων τύπου: SAE 10W-40» ζητάτε λανθασμένα τις εγκρίσεις κατασκευαστών «MB 229.31, 229.51, VW 504.00/507.00». Οι εγκρίσεις της Mercedes Benz: MB 229.31, 229.51 αντιστοιχούν σε προϊόντα με δείκτη ιξώδους SAE 5W40 (1ο & 2ο σχετικό), ενώ οι εγκρίσεις Volkswagen: VW 504.00/507.00 αντιστοιχούν σε προϊόντα με δείκτη ιξώδους SAE 5W30 (3ο σχετικό). Σε προϊόν με δείκτη ιξώδους SAE 10W-40 αντιστοιχούν οι εγκρίσεις MB 229.3 (4ο σχετικό) και VW 502.02/505.00 (5ο σχετικό). Παρακαλώ να διευκρινίσετε ποιος είναι ο δείκτης ιξώδους που καλύπτει τις απαιτήσεις της μελέτης για το προϊόν Νο.4 και αν ισχύει το αρχικό SAE 10W40 να γίνουν οι κατάλληλες αλλαγές στις απαιτούμενες προδιαγραφές». Με την παρασχεθείσα διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής προς την εταιρία «...», κατόπιν του ως άνω σχετικού αιτήματος της, ορίστηκε ρητώς, ότι «Οι συμμετέχοντες Οικονομικοί φορείς πρέπει να συνυποβάλουν με την κατάθεση της προσφοράς τους όλα τα πιστοποιητικά που τεκμηριώνουν την κάλυψη των προδιαγραφών και εγκρίσεων κατασκευαστών οχημάτων που περιγράφονται στο εδάφιο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ «...»

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

του Παραρτήματος Ι.». Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. 2/13498/13-03-2020 έγγραφό της, προς κάθε ενδιαφερόμενο επέμεινε ρητώς στη διατήρηση της, για λιπαντικό ρευστότητας 10W/40, προδιαγραφής «M.B. 229.51» για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης. Κατά συνέπεια, διά της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα αρχή νομίμως προέβη στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας λόγω μη συμφωνίας της τεχνικής της προσφοράς με τους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Τούτο, διότι κατά τα ειδικώς ως άνω κριθέντα, η παράλειψη της κάλυψης της εν θέματι προδιαγραφής MB 229.51 από την προσφεύγουσα νομίμως εκρίθη, ότι συνιστά μη κάλυψη των προδιαγραφών που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή και άρα νομίμως απερρίφθη κατά τούτο η προσφορά της προσφεύγουσας. Επέκεινα, η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει διά της προσφυγής και διά του υπομνήματος, ότι «η προδιαγραφή M.B. 229.51, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής σε λιπαντικά ρευστότητας SAE 10W/40, γιατί, όπως προκύπτει από την επίσημη λίστα της M.B, κατ' αυτή η προδιαγραφή M.B. 229.51 έχει εφαρμογή μόνο σε λιπαντικά βενζινοκινητήρων, ρευστότητας SAE 5W/30, SAE 5W/40, SAE 0W/30 και SAE 0W/40. Μεταξύ των λοιπών απαιτήσεων, η 'M.B. 229.51', απαιτεί οικονομία καυσίμου», διότι όπως προδιελήφθη με αυτόν τον ισχυρισμό, βάλλει ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως, κατά όρου της διακήρυξης, τεθέντος επί ποινή αποκλεισμού, τον οποίο ουδέποτε προσέβαλε επικαίρως ενώπιον της ΑΕΠΠ αν και είχε το σχετικό δικαίωμα και δυνατότητα, κατά το στάδιο που προηγείται της υποβολής προσφορών. Κατά συνέπεια, ο σχετικός λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος καθώς δια της προσβαλλόμενης σύννομα η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας.

24. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, οι οποίες δεν αφίστανται του προγενέστερου δικαίου, οι προβλεπόμενες από αυτές διευκρινίσεις, δίδονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο, κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία, λαμβάνονται δε υπόψη, ενόψει και της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, μόνον εφόσον έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων ή την τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς, ώστε να

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης (πρβλ. ΣΤΕ 1856/2008, 2660/2004 7μ., ΕΑ ΣΤΕ 668, 567/2009, ΔΕΦΑΘ 743/2012 ΑΣΦ κ.ά.).

25. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/2009, 738/2009, 180/2009, 567/2008, 3075/2008, 307/2007, 929/2005 σκέψη 5, ΣΤΕ 963/2000, 2854/1997, ΕΑ 849 και 787/2005• βλ. και ΔΕΦΘεσ 99/2017 σκέψη 14, ΔΕΦΑΘ 271/2011, ΑΕΠΠ 489/2019 σκέψη 18]. Ειδικότερα έχει γίνει δεκτό ότι η εκκίνηση της διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων [ΣΤΕ 90/2010 σκέψη 6]. Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαραίτους όρους της Διακήρυξης, συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 [ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.]. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου [ΔΕΦΘεσ 99/2017 σκέψη 14 κ.ά.].

26. Επειδή, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 102 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40).

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

27. Επειδή, επομένως, δεδομένης της ως άνω προδιαληφθείσας πλημμύλειας της προσφοράς της προσφεύγουσας μη δυνάμενης να θεραπευθεί, η αναθέτουσα αρχή δεν εδύνατο να την καλέσει να συμπληρώσει την προσφορά της κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και σε κάθε περίπτωση όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να την αποκλείσει από την περαιτέρω συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της προσφεύγουσας απορρίπτεται.

28. Επειδή, περαιτέρω ως προς τις αιτιάσεις ως προς την προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίνονται τα κάτωθι. Με βάση και τα ήδη κριθέντα (ΑΕΠΠ 242/2019), από την επισκόπηση του φακέλου δεν στοιχειοθετείται εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον δεν προκύπτει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά της ίδιας, για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική της τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351,508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμυλειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμύλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 311,1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100). Εν προκειμένω, ως προελέχθη, οι επικαλούμενες πλημμύλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας αφορούν σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης από τον όρο – τεχνική προδιαγραφή που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και ειδικότερα οι εν θέματι αιτιάσεις επικεντρώνονται στο πρότυπο ACEA 2016 και στο αν και κατά πόσο από την προσφορά της παρεμβαίνουσας πληρούνται οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ACEA Ε9, Ε4 και ACEA Α3/Β4. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμύλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Επομένως, απαραδέκτως, βάλλει η προσφεύγουσα κατά της

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, όσον αφορά την δυνητική εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης.

29. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας {βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Esco SpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα} λεκτέα είναι τα κάτωθι. Έννομο συμφέρον προς ματαίωση του διαγωνισμού από συμμετέχοντα θα μπορούσε να νοηθεί μόνο υπό την έννοια της επιδίωξης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τους αυτούς ακριβώς όρους, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως αναδόχου (ΕΑ ΣΤΕ 40/2020). Ως προκύπτει, ωστόσο, από την πορεία του εν θέματι διαγωνισμού, ήτοι την ασκηθείσα προσφυγή σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της προσφοράς της προσφεύγουσας και τους με την υπό κρίση προσφυγή προβαλλόμενους σχετικώς ισχυρισμούς, αλυσιτελώς προβάλλονται λόγοι κατά της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας εφόσον δυνάμει της οικείας προσφοράς, άλλως της προμήθειας που δύναται - κατά την εκτίμηση των ως άνω - να προσφέρει η προσφεύγουσα βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης, δεν είναι δυνατή η ανάθεση της εν θέματι σύμβασης, ως έχει, σε αυτήν τούτο, δε, ανεξαρτήτως του αν είναι πράγματι δυνατή η επαναπροκήρυξη της αυτής σύμβασης (βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2, 2015, σελ. 249). Κατόπιν των ανωτέρω, άνευ εννόμου συμφέροντος στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (ΕΑ ΣΤΕ 40/2020). Ωσαύτως και η θεωρία δέχεται ότι, όταν ο αποκλεισθείς από μία διαδικασία ανάθεσης έχει νόμιμα αποκλεισθεί ή όταν οι λόγοι που προβάλλει

Αριθμός απόφασης: Σ1390/2020

κατά των ανταγωνιστών του είναι προδήλως αβάσιμοι, δηλαδή προσβάλλει πράξη της αναθέτουσας αρχής χωρίς βάσιμο λόγο, εμφανίζεται να δρα «εκβιαστικά» στο περιβάλλον του διαγωνισμού. Και τούτο, διότι ασκεί καταχρηστικά τα δικονομικά του δικαιώματα, λειτουργώντας παρελκυστικά για την έγκαιρη ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και εμποδίζοντας, συνακόλουθα, την ανάθεση της σύμβασης (Δελλή Γ., Δήμος και Αγορά, Εκδόσεις Ευρασία, Αθήνα, 2018, σελ. 82-84).

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

31. Επειδή, σε συνέχεια της ως άνω σκέψης, λεκτέο είναι ότι η κατάπτωση του οικείου παραβόλου της προσφεύγουσας έχει ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. 876,877/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ.

Για τους λόγους αυτούς ΚΑΙ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΑΠΟΦΑΣΗ 92/2020 ΔΕφ.Πειραια

Ανακαλεί τη με αρ. 876,877/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε ως απαράδεκτη τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 693/2020 προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 693/2020.

Δέχεται την παρέμβαση.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 3 Νοεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ ΜΙΧΑΗΛ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ