

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 14.03.2022 με ΓΑΚ 420/15.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 31/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και κατά συνέπεια η 49/2022 απόφαση καθ' ο μέρος έγινε δεκτή τόσο η συμμετοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσο και η ανακήρυξη της σε οριστικό ανάδοχο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ποσού €600,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ../....-....-.... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική διαγωνιστική διαδικασία άνω των ορίων για την «.....», ενδεικτικού προϋπολογισμού διακοσίων εβδομήντα εννέα χιλιάδων τετρακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και δεκατεσσάρων λεπτών (279.479,14), με ΦΠΑ 24%. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό και συγκεκριμένα για την επίμαχη

Αριθμός απόφασης: 708/2022

Ομάδα Β - Λιπαντικά, ενδεικτικού προϋπολογισμού είκοσι οκτώ χιλιάδων πεντακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ και σαράντα λεπτών (28.594,40), με ΦΠΑ 24%, συμμετείχαν μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η εταιρεία «.....». Στις 03-03-2022 αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθμ. 4/22 πρακτικό της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (Αριθμ. Απόφασης 31/2022), με την οποία επικυρώνονται τα από 02/02/2022 Νο 1 και Νο 2 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, κάνοντας δεκτές τις προσφορές όλων των εταιρειών και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «.....» για την Ομάδα Β (λιπαντικά).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 03.03.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 14.03.2022, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «.....» προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 16.03.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, αλλά δεν απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ απόψεις προς αντίκρουση των αιτιάσεων που προβάλλονται με αυτή.

6. 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 δε 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

Αριθμός απόφασης: 708/2022

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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγής της στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «.....» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι Α) Για το υπ' αριθμ. 3 προϊόν της μελέτης, απαιτείται λάδι συνθετικής τεχνολογίας (ημισυνθετικό), με προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF/SL και ACEA E3/E5/E7/A3/B3. Προσφέρει το λιπαντικό, με προδιαγραφές SL/CF και ACEA A3/B3. Το προσφερόμενο λιπαντικό είναι ορυκτέλαιο, ενώ απαιτείται ημισυνθετικό και δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4 και ACEA E7, Β) Για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης, απαιτείται λάδι συνθετικής τεχνολογίας (ημισυνθετικό), με προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF/SL και ACEA E3/E5/E7/A3/B3. Προσφέρει το λιπαντικό, με προδιαγραφές SL/CF και ACEA A3/B3. Το προσφερόμενο λιπαντικό είναι ορυκτέλαιο, ενώ απαιτείται ημισυνθετικό και δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4 και ACEA E7, Γ) Για το υπ' αριθμ. 8 προϊόν της μελέτης απαιτείται λιπαντικό πετρελαιοκινητήρων SAE 30 με προδιαγραφές API CF-4/CF-2 και ACEA E2. Προσφέρει το λιπαντικό με προδιαγραφές API CD, SF. Το προσφερόμενο λιπαντικό δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CF/CF-2 και ACEA E2., Δ) Για το υπ' αριθμ. 9 προϊόν της μελέτης, προσφέρει το λιπαντικό της εταιρείας Το προσφερόμενο λιπαντικό δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CE και API GL-4.

8. Επειδή, από τη διακήρυξη ορίζεται ότι «Άρθρο 1.3: «...Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες, για το σύνολο όμως των ειδών της κάθε ομάδας. Απόρριψη ενός ή περισσότερων ειδών μιας ομάδας, επιφέρει αυτόματα την απόρριψη της προσφοράς ολόκληρης της ομάδας». Άρθρο 2.4.3.2: «...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς 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

Αριθμός απόφασης: 708/2022

ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα». Άρθρο 2.4.6: «...Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά, η οποία ι) παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». ια) Παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης, εφόσον αυτές δεν θεραπευτούν από τον προσφέροντα με την υποβολή ή τη συμπλήρωσή τους, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με τα άρθρα 102 και 103 του Ν. 4412/2016».

Περαιτέρω, από τις Τεχνικές Προδιαγραφές της υπ' αριθμ.62/2021 μελέτης, για τα λιπαντικά απαιτείται όπως: α. «... Τα λιπαντικά πρέπει να έχουν έγκριση για την παραγωγή ή την διακίνησή τους στην Ελλάδα από το Γ.Χ.Κ.», β. «...Τα προς προμήθεια λιπαντικά θα πρέπει να καλύπτουν τουλάχιστον τις προδιαγραφές που παρουσιάζονται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό», γ. «...Θα είναι εγκεκριμένου οίκου παρασκευής και διάθεσης λιπαντικών και ο κατασκευαστής θα έχει πιστοποίηση ποιότητας κατά ISO 9001, δ. «... Οι φορείς προς απόδειξη της πληρότητας των ανωτέρω τεχνικών προδιαγραφών, τόσο για τα καύσιμα, όσο και για τα λιπαντικά πρέπει να αναρτήσουν τα απαραίτητα αποδεικτικά έγγραφα».

Τέλος, σύμφωνα με από 25/01/2022 διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, απαιτείται όπως: α. «...Τα λιπαντικά θα πρέπει να καλύπτουν συσσωρευτικά και επί ποινή αποκλεισμού τις απαιτήσεις του πίνακα τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθμ. 62/2021 μελέτης», β. «...Το ISO 9001/2015 της παραγωγικής εταιρείας θα πρέπει να είναι πιστοποιημένο τουλάχιστον για τις δραστηριότητες: Σχεδιασμός, παραγωγή, συσκευασία, εμπορία, εξυπηρέτηση πελατών και τεχνική υποστήριξη πριν και μετά την πώληση», γ. «...Το υπ' αριθμ. 7 προϊόν θα καλύπτει τις προδιαγραφές ACEA: A3/B3, A3/B4», δ. «...Το υπ' αριθμ. 10 προϊόν θα καλύπτει τις προδιαγραφές ACEA: A3/B4-04, C2-12, C3-12 και θα πρέπει να έχουν λάβει ανάλογη έγκριση από το Γενικό Χημείο του Κράτους για τις προαναφερόμενες προδιαγραφές».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε τις απόψεις της προς αντίκρουση των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας, παρότι εκλήθη νομίμως προς τούτο με την υπ'αριθμ. 592/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ.

Αριθμός απόφασης: 708/2022

10. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1....2. . Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων...».

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων 7, 9, και 10, η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αντίκρουσης των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, επιτρέπει την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Εξάλλου, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της εταιρείας «.....»: Όσον αφορά την Α) αιτίαση λεκτέα τα εξής: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, για το υπ' αριθμ. 3 προϊόν της μελέτης, απαιτείται λάδι συνθετικής τεχνολογίας (ημισυνθετικό), με προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF/SL και ACEA E3/E5/E7/A3/B3. Η εταιρεία «.....» προσέφερε το λιπαντικό, με προδιαγραφές SL/CF και ACEA A3/B3, το οποίο όμως είναι ορυκτέλαιο, ενώ απαιτείται ημισυνθετικό και δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4 και ACEA E7. Κατόπιν αυτού η Α) αιτίαση πρέπει να γίνει επίσης δεκτή.

Όσον αφορά την αιτίαση Β) λεκτέα τα εξής: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, για το υπ' αριθμ. 4 προϊόν της μελέτης, απαιτείται λάδι συνθετικής τεχνολογίας (ημισυνθετικό), με προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF/SL και ACEA E3/E5/E7/A3/B3. Η εταιρεία «.....» προσέφερε το λιπαντικό, με προδιαγραφές SL/CF και ACEA A3/B3, το οποίο όμως είναι ορυκτέλαιο, ενώ απαιτείται ημισυνθετικό και δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4 και ACEA E7. Κατόπιν αυτού η Β) αιτίαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Όσον αφορά την αιτίαση Γ) λεκτέα τα εξής: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, για το υπ' αριθμ. 8 προϊόν της μελέτης απαιτείται λιπαντικό

Αριθμός απόφασης: 708/2022

πετρελαιοκινητήρων SAE 30 με προδιαγραφές API CF-4/CF-2 και ACEA E2. Η εταιρεία «.....» προσέφερε το λιπαντικό με προδιαγραφές API CD, SF, το οποίο όμως δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CF/CF-2 και ACEA E2. Κατόπιν αυτού η Γ) αιτίαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Όσον αφορά την αιτίαση Δ) λεκτέα τα εξής: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, για το υπ' αριθμ. 9 προϊόν της μελέτης, η εταιρεία «.....» προσέφερε το λιπαντικό της εταιρείας, το οποίο όμως δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CE και API GL-4. Κατόπιν αυτού η Δ) αιτίαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Κατόπιν των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει κατά δέσμια αρμοδιότητα την προσφορά της εταιρείας «.....» για την ομάδα Β' - Λιπαντικά και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά αυτό το σκέλος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «.....» σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ