

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 14.04.2022 με ΓΑΚ 546/15.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί α) η υπ' αριθμ. 200/2022 (υπ' αριθμ. πρωτ. 14180/2022) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ της 12ης τακτικής συνεδρίασης), η οποία, μεταξύ άλλων, επικύρωσε τα αποτελέσματα όλων των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης που περιλαμβάνονται στην υπ' αριθμ. 20/2022 ενσωματωμένη σε αυτή απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ενέκρινε το από 18.2.2022 σε ορθή επανάληψη Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης – εισήγηση επί αποτελέσματος της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακύρωσε το τμήμα Λ1 στον οικονομικό φορέα «...», β) η υπ' αριθμ. 20/2022 (υπ' αριθμ. πρωτ. 3104/2022) Απόφαση (Ορθή Επανάληψη) της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ της 2ης τακτικής συνεδρίασης), η οποία ενέκρινε το σε ορθή επανάληψη Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, το Πρακτικό ελέγχου συμπληρώσεων – αποσαφηνίσεων τεχνικών προσφορών, το σε ορθή επανάληψη Πρακτικό ελέγχου νέων συμπληρώσεων – αποσαφηνίσεων τεχνικών προσφορών και το σε ορθή επανάληψη Πρακτικό ελέγχου οικονομικών προσφορών – εισήγηση επί αποτελέσματος της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακήρυξε τον οικονομικό φορέα «...» ως προσωρινό ανάδοχο για το Τμήμα Λ1 του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

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 (Για το Τμήμα Λ1 της σύμβασης ποσού 42.884,16€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνισμό με τίτλο: «Προμήθεια καυσίμων, λιπαντικών ελαίων του Δήμου ... και των νομικών του προσώπων». Ειδικότερα, αντικείμενο της σύμβασης ήταν η προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης), και λιπαντικών ελαίων του Δήμου ... και των Νομικών Προσώπων του: 1) Δημοτικός οργανισμός κοινωνικής πολιτικής και παιδείας (Δ.Ο.ΚΟΙ.Π.Π.), Ν.Π.Δ.Δ., 2) της Σχολικής Επιτροπής Β'θμιας Εκπαίδευσης Δήμου ..., Ν.Π.Δ.Δ., 3) του Δημοτικού Γηροκομείου ..., Ν.Π.Δ.Δ. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονταν στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ...: ..., ..., Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόταν στο ποσό των 453.118,00€ και επιπλέον Φ.Π.Α. 108.748,32€, δηλαδή σύνολο 561.866,32€, αφορούσε στην προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών ελαίων και χωριζόταν σε έξι (6) Τμήματα ως ακολούθως: Τμήμα Κ1, Τμήμα Κ5, Τμήμα Κ6β, Τμήμα Κ7.β, Τμήμα Κ9 και Τμήμα Λ1. Ειδικά για το κρίσιμο για την εν λόγω προσφυγή Τμήμα Λ1 (Λιπαντικά οχημάτων – Δήμος ...), με Φορέα Προμήθειας το Δήμο ... και αντικείμενο τα λιπαντικά για μηχανήματα και οχήματα του Δήμου ..., ο εν-δεικτικός προϋπολογισμός ανερχόταν σε 44.370,00€, πλέον ΦΠΑ 24% 10.648,80€, σύνολο 55.018,80€. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δινόταν στη Μελέτη που συντάχθηκε από το Τμήμα Διαχείρισης, Επισκευής & Συντήρησης Οχημάτων της Δ/σης Περιβάλλοντος Πρασίνου & Καθαριότητας του Δήμου ... και αποτελούσε αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι). Η διάρκεια της σύμβασης οριζόταν σε (2) έτη από την υπογραφή της για τα τμήματα Κ1, Κ5, Κ6.β, Κ9, Λ1 και για το τμήμα Κ7.β οριζόταν σε ένα (1) έτος από την υπογραφή της. Η έναρξη της σύμβασης θα γινόταν μετά τη λήξη των ήδη υπαρχουσών

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

συμβάσεων. Ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό και συγκεκριμένα για το Τμήμα Λ1 υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα καθώς και οι οικονομικοί φορείς «....» (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...), «....» (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...) και «....» (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...). Με το από 29.11.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των οικονομικών φορέων κρίνοντας τα πλήρη. Κατά τον έλεγχο ωστόσο των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή αφενός διαπίστωσε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας μπορεί να γίνει δεκτή, αφετέρου παρατήρησε ότι οι προσφορές των τριων ως άνω οικονομικών φορέων («....», «...» και «....») παρουσίαζαν ελλείψεις ή πλημμέλειες. Κατά τούτο, η Επιτροπή διέκοψε τη συνεδρίασή της ούτως ώστε να ζητηθούν διευκρινίσεις. Με το μεταγενέστερο από 20.1.2022 Πρακτικό ελέγχου νέων συμπληρώσεων – αποσαφηνίσεων τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή αποφάσισε τη μη συμμετοχή στο στάδιο ελέγχου των οικονομικών προσφορών για το Τμήμα Λ1 των οικονομικών φορέων «...» και «....» και αντίθετα τη συμμετοχή στο στάδιο ελέγχου των οικονομικών προσφορών για το Τμήμα Λ1 της προσφεύγουσας και της εταιρείας «....». Στη συνέχεια, με το από 21.1.2022 Πρακτικό ελέγχου οικονομικών προσφορών – εισήγηση επί αποτελέσματος (προσωρινός ανάδοχος), η Επιτροπή εισηγήθηκε μεταξύ άλλων την απόρριψη των προσφορών των οικονομικών φορέων «....» και «....» και την ανακήρυξη του οικονομικού φορέα «....» ως προσωρινού αναδόχου για το Τμήμα Λ1. Όλα τα ως άνω Πρακτικά εγκρίθηκαν με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 20/2022 (υπ' αριθμ. πρωτ. 3104/2022) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, και ο οικονομικός φορέας «....» αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το Τμήμα Λ1. Στη συνέχεια ο ως άνω αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος κλήθηκε με την υπ' αριθμ. ... πρόσκληση μέσω ΕΣΗΔΗΣ προς υποβολή των προβλεπομένων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ με το από 18.2.2022 Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης – εισήγηση επί αποτελέσματος, η Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη του εν λόγω φορέα ως οριστικού αναδόχου για το Τμήμα Λ1. Το ως άνω Πρακτικό εν τέλει εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 200/2022 (υπ' αριθμ. πρωτ. 14180/2022) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία επικύρωσε τα αποτελέσματα όλων των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης και κατακύρωσε εν τέλει το Τμήμα Λ1 της σύμβασης στην εταιρεία «...». Η ίδια απόφαση αποφάσισε την Ορθή Επανάληψη της υπό Β)

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 20/2022 Απόφασης και ενσωμάτωσε την απόφαση αυτή της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία είχε εγκρίνει όλα τα προηγούμενα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 04.04.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 14.04.2022, 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 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της οριστικής αναδόχου προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 15.04.2022 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. 19944/27.04.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώσ στις 29.04.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

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 ουσιαδών 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

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «....» πρέπει να απορριφθεί διότι το λιπαντικό που προσέφερε για να καλύψει τα απαιτούμενα του προϊόντος με α/α 6 «ΣΥΝΘΕΤΙΚΟ λιπαντικό κινητήρων 10W30», δεν πληροί τις προδιαγραφές της μελέτης της διακήρυξης καθόσον είναι ορυκτέλαιο και όχι συνθετικό.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Στην μελέτη της Διακήρυξης ορίζονται τα εξής για το προϊόν με α/α 6 του τμήματος Λ1: «6. ΣΥΝΘΕΤΙΚΟ λιπαντικό κινητήρων 10W30. ΣΥΝΘΕΤΙΚΟ λιπαντικό κινητήρων 10W30 μέσης τέφρας για πετρελαιοκινητήρες βαρέος τύπου API CJ- 4 ACEA E7/E9 MB-228.31, MAN 3575, MAN 3275, VOLVO VDS-4». Συνάγεται σαφώς ότι η απαίτηση της διακήρυξης αφορά 100% συνθετικό λιπαντικό, αφού σε περίπτωση που δεν απαιτούνταν 100% συνθετικό λιπαντικό τότε θα γινόταν αναφορά σε ημισυνθετικό λιπαντικό ή σε ορυκτέλαιο. Η εταιρεία «....» προσέφερε το λιπαντικό, προσκομίζοντας προς απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής προδιαγραφής το σχετικό τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος (με α/α 11 αριθμό τεχνικού φυλλαδίου επί του α/α 6 στοιχείου). Στο εν λόγω τεχνικό φυλλάδιο όμως εκτός από το ότι δεν γίνεται καμία αναφορά ότι το προσφερόμενο λιπαντικό είναι συνθετικό, αναγράφεται ρητώς ότι είναι κατασκευασμένο «από υψηλής ποιότητας και υψηλού δείκτη ιξώδους βασικά ορυκτέλαια». Η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι δεν απαιτείται από τη διακήρυξη 100% συνθετικό λιπαντικό και τούτο διότι, όπως προαναφέρθηκε, η απαίτηση για «Συνθετικό λιπαντικό» σημαίνει ξεκάθαρα ότι αυτό πρέπει να είναι 100% συνθετικό, αφού σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν ημισυνθετικό. Από τη στιγμή που το κατατεθέν τεχνικό φυλλάδιο της καθ' ού εταιρείας κάνει ρητή αναφορά σε λιπαντικό προερχόμενο από βασικά ορυκτέλαια, καθίσταται σαφές ότι δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης και η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της ως άνω εταιρείας κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.4.3.2. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί διότι το λιπαντικό που προσέφερε για να καλύψει τα απαιτούμενα του προϊόντος με α/α 9 «Βαλβολίνη 75W90 GL5», δεν πληροί τις προδιαγραφές της μελέτης της διακήρυξης καθόσον δεν διαθέτει την προδιαγραφή GL5.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Στην μελέτη της Διακήρυξης ορίζονται τα εξής για το προϊόν με α/α 9 του τμήματος Λ1: *«Βαλβολίνη 75W90 GL5. Βαλβολίνη Νο 75W-90, API GL5. Πολύτυπο Λιπαντικό Οδοντωτών Τροχών (Βαλβολίνες) συνθετικό με δια-βάθμιση ιξώδους κατά SAE 75W-90 και κατηγοριοποίηση API GL5»*. Συνάγεται σαφώς ότι η απαίτηση της διακήρυξης αφορά βαλβολίνη, η οποία πρέπει να πληροί, μεταξύ άλλων, την προδιαγραφή GL5. Η εταιρεία «...» προσέφερε το προϊόν ..., προσκομίζοντας προς απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής προδιαγραφής το σχετικό τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος (με α/α 14 αριθμό τεχνικού φυλλαδίου επί του α/α 9 στοιχείου). Στο εν λόγω τεχνικό φυλλάδιο όμως δεν γίνεται καμία αναφορά ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή GL5 αλλά αντιθέτως αναγράφεται ρητώς ότι είναι καλύπτει την προδιαγραφή API GL4. Η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι σε άλλο έγγραφο της προσφοράς (το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου 3013833/578/17-12-2004 της Δ/σης Ενεργειακών Βιομηχανικών και Χημικών Προϊόντων των Γενικού Χημείου του Κράτους και θέμα «Γνωστοποίηση αριθμού καταλόγου βαλβολινών»), γίνεται αναφορά ότι το προϊόν αυτό καλύπτει την προδιαγραφή GL5 και τούτο διότι, στο άρθρο 1.2.2 του Παραρτήματος της Διακήρυξης για τα λιπαντικά ορίζεται ότι *«με ποινή αποκλεισμού η προσφορά θα πρέπει να συνοδεύεται από τεχνικό φυλλάδιο της εταιρείας παραγωγής με όλες τις πληροφορίες για τα τεχνικά χαρακτηριστικά και την χρήση του κάθε προσφερόμενου υλικού. Επιπρόσθετα η προσφορά θα συνοδεύεται με ποινή αποκλεισμού από το φύλλο δεδομένων ασφάλειας (MSDS) για κάθε προϊόν»*. Επομένως είναι σαφές ότι η πλήρωση των απαιτήσεων του Παραρτήματος της Διακήρυξης αποδεικνύεται αποκλειστικά μέσω των αντίστοιχων τεχνικών φυλλαδίων. Από τη στιγμή που το κατατεθέν τεχνικό φυλλάδιο της καθ' ού εταιρείας κάνει ρητή αναφορά ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή GL4, καθίσταται σαφές ότι δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης και η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να

Αριθμός απόφασης: 860 /2022

απορρίπτει την προσφορά της ως άνω εταιρείας κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.4.3.2. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους προβάλλει περαιτέρω αιτιάσεις για την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων και την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...», η εξέταση των οποίων όμως παρέλκει ως αλυσιτελής διότι αυτή κρίθηκε ήδη ακυρωτέα σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις 8 και 10.

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 τις προσβαλλόμενες πράξεις σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α

ΝΑΥΣΙΚΑ – ΣΟΦΙΑ ΜΠΑΣΔΕΛΗ