

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου- Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση- Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18/10/2018, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1077/19-10-
2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», με έδρα
τη ..., οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει α) να ακυρωθεί η
με αριθμό 225/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...με
την οποία εγκρίθηκαν τα με αρ. πρωτ. 18580/2018 και 19026/2018 πρακτικά
αξιολόγησης δικαιολογητικών, τεχνικών και οικονομικών προσφορών της
Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και Αξιολόγησης των προσφορών, β)
να γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, γ) να αναδειχθεί αυτή
προσωρινή ανάδοχος και δ) να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος
παραβόλου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία
Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει
καταβληθεί νόμιμο e-πανάβολο, ύψους 600 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363
παρ. 1β του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 1β. του ΠΔ 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό
πανάβολο με κωδικό ..., αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής της Τράπεζας
Eurobank Ergasias της 18/10/2018 εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

του e-παραβόλου με αναφορά «αυτόματης δέσμευσης» και αντίσταση εκτύπωση με αναφορά κατάστασης παραβόλου «δεσμευμένο»).

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη (αριθμός μελέτης 122/17) η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια «καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες της κοινωφελούς επιχείρησης, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες της σχολικής Επιτροπής Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης», η οποία υποδιαιρείται σε 6 τμήματα, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 226.210,45 ευρώ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης για το εν θέματι τμήμα 2 (Λιπαντικά) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Εν προκειμένω, ο προϋπολογισμός του τμήματος 2 «Λιπαντικά», δηλαδή του τμήματος της προμήθειας που αφορά η προσφυγή, ανέρχεται στο ποσό των 19.060,00 ευρώ.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 26/5/2018, αναρτήθηκε – όπως εμφανίζεται από το σώμα της διακήρυξης - στις 3/6/2018 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος

4. Επειδή με την με αριθμό 225/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στις 8/10/2018 σε όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε τα με αρ. πρωτ. 18580/2018 & 19026/2018 πρακτικά της Επιτροπής του ανοικτού διεθνή ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την προμήθεια καυσίμων για κίνηση μεταφορικών μέσων (πετρέλαιο κίνησης, αμόλυβδη βενζίνη) και λιπαντικών, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες του Δήμου, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες των Νομικών Προσώπων του Δήμου (Πρωτοβάθμια Σχολική Επιτροπή, Κοινωφελής Επιχείρηση). Ειδικότερα, ως προς το τμήμα 2 (προμήθεια λιπαντικών) καταρχήν εγκρίθηκε η εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής ως προς την προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία έχει ως εξής *«Η οικονομική προσφορά της επιχείρησης ... δεν συμμετέχει στην παρούσα αξιολόγηση για τους λόγους που αναφέρονται στο υπ' αριθ.*

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

18580/19-9-2018 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού με θέμα «Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών (δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά) του διαγωνισμού για την προμήθεια καυσίμων για κίνηση μεταφορικών μέσων (πετρέλαιο κίνησης, αμόλυβδη βενζίνη) και λιπαντικών, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες του Δήμου, πετρελαίου θέρμανσης για τις ανάγκες των Νομικών Προσώπων του Δήμου (Πρωτοβάθμια Σχολική Επιτροπή, Κοινωφελής Επιχείρηση).

και οι οποίοι είναι οι εξής:

Στο Είδος του Λιπαντικού με αύξουσα αρίθμηση 9 και περιγραφή «Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη», που βρίσκεται στον πίνακα του ΤΜΗΜΑΤΟΣ 2 «ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ» της Διακήρυξης και για το οποίο έχει προσδιοριστεί η τεχνική προδιαγραφή του στο τμήμα «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της υπ' αριθ. 122/17 μελέτης της Δ/σης Περιβάλλοντος του Δήμου ..., που είναι η «Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S», δεν καλύπτεται από τις τεχνικές προδιαγραφές του είδους που προφέρει η συγκεκριμένη εταιρεία.

Ειδικότερα το είδος που προφέρει (sic) η συγκεκριμένη εταιρεία είναι το Multi TEC LHM Plus, το οποίο, όπως φαίνεται από το τεχνικό φυλλάδιο που έχει υποβάλλει η συγκεκριμένη εταιρεία, δεν προκύπτει ότι καλύπτει τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή «Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S». Εν συνεχεία, αποφασίστηκε η ανάδειξη της επιχείρησης «...» ως προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού για το εν λόγω τμήμα (τμήμα 2 -προμήθεια λιπαντικών).

5. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 18/10/2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε η ίδια η προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός της αναθέτουσας αρχής, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 22/10/2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

8. Επειδή η προσφεύγουσα, η προσφορά της οποίας κρίθηκε μη αποδεκτή θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόρριψης της προσφοράς της καθόσον μάλιστα σε περίπτωση που γίνει αποδεκτή - ως δηλώνει- αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος έχοντας υποβάλει την συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

9. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]*».

10. Επειδή επομένως, κατά το μέτρο που αιτείται την αποδοχή της προσφοράς της και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου ασκείται απαραδέκτως, καθώς σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης –όπως εν προκειμένω - η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να διατάξει την μεταρρύθμιση καθ' οιονδήποτε τρόπο αυτής και να εκδώσει καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής νέα πράξη που να αποκλείει τους ως άνω οικονομικούς φορείς (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018) .

11. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται επικαλούμενη τα οικεία άρθρα της διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας, και δη τα άρθρα 54 και 102 του Ν. 4412/2016, τα εξής : *«Με την απόφαση 225/2018 της Ο.Ε. του Δήμου ...η εταιρεία μας*

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

αποκλείστηκε από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης 9952/2018, με αιτιολογία ότι, για το προϊόν Νο 9 με περιγραφή «Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη»:

«.. το είδος που προσφέρει η συγκεκριμένη εταιρεία είναι το Multi TEC LHM Plus, το οποίο, όπως φαίνεται από το τεχνικό φυλλάδιο που έχει υποβάλλει η συγκεκριμένη εταιρεία, δεν προκύπτει ότι καλύπτει τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή "Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S"...»

Επί της απόφασης 225/2018 της Ο.Ε. έχουμε να επισημάνουμε ότι κακώς ενέκρινε το 18580/2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού το οποίο πρότεινε τον αποκλεισμό της προσφοράς της εταιρείας μας με την παραπάνω αιτιολογία καθώς το «Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S» δεν αποτελεί τεχνική προδιαγραφή όπως λανθασμένα πιστεύει και ισχυρίζεται η επιτροπή, αλλά αναλυτική περιγραφή και επίσημη αποκλειστική ονομασία επώνυμου εμπορικού προϊόντος της εταιρείας PENTOSIN. Πιο συγκεκριμένα:

4.1. Στις Τεχνικές προδιαγραφές της 122/17 μελέτης στη σελίδα 57 της διακήρυξης αναφέρονται στην στήλη «ΖΗΤΟΥΜΕΝΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ» για το προϊόν Νο 9 με περιγραφή «Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη» τα ακόλουθα: i) «Συνθετικό», ii) «Steering Fluid CHF 11S». (1^ο επισυναπτόμενο)

Η λέξη «Συνθετικό» είναι τεχνική προδιαγραφή, που αναφέρεται στην ποιότητα του ζητούμενου υγρού.

Αντίθετα, οι λέξεις «Steering Fluid» (υγρό πηδαλιούχησης/τιμονιού) δεν είναι τεχνική προδιαγραφή, όπως εσφαλμένα υποστηρίζει η Επιτροπή, αλλά προσδιορίζει τον τύπο/κατηγορία του απαιτούμενου προϊόντος όπου στη προκειμένη περίπτωση αναφέρεται σε Υδραυλικό Υγρό Διεύθυνσης, δηλαδή προϊόν που χρησιμοποιείται σε κεντρικά υδραυλικά συστήματα οχημάτων όπως διεύθυνσης, κιβωτίου ταχυτήτων, φρένων και συμπλέκτη.

Την ίδια δε έννοια έχει κατ' ουσία το αρκτικόλεξο των λέξεων Central Hydraulic Fluid «CHF» που επίσης δεν είναι τεχνική προδιαγραφή αλλά μεταφράζεται/σημαίνει «Υγρό Κεντρικών Υδραυλικών Συστημάτων» (προσδιορίζει τον τύπο/κατηγορία του απαιτούμενου προϊόντος όπως και το προηγούμενο)

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Το δε «CHF 11S» είναι καταχωρημένη εμπορική ονομασία ενός προϊόντος που παράγει η εταιρεία PENTOSIN, το οποίο μάλιστα και έχει κατοχυρώσει, όπως άλλωστε αποδεικνύεται από την ένδειξη ® (Registered) που αναγράφεται στη συσκευασία του (βλέπε 2° επισυναπτόμενο).

Προς ενίσχυση των όσων ισχυριζόμαστε σας παραπέμπουμε στο τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος της εταιρείας PENTOSIN όπου πολύ εύκολα μπορεί κάποιος να διαπιστώσει ότι ο όρος «CHF 11S» δεν αναφέρεται πουθενά στην ανάλυση των τεχνικών χαρακτηριστικών του προϊόντος αλλά ούτε και περιγράφεται ως τεχνική προδιαγραφή την οποία διαθέτει, καλύπτει ή χαρακτηρίζει το εν λόγω προϊόν. Το ίδιο βέβαια θα ισχύει και αν διευρύνετε την έρευνα σας στη διεθνή βιβλιογραφία όπου θα διαπιστώσετε ότι δεν υπάρχει τέτοια τεχνική προδιαγραφή.

Συνεπώς η μόνη τεχνική προδιαγραφή που ορίζεται για το προϊόν Νο 9 στην μελέτη, είναι η απαίτηση να είναι «Συνθετικό», τα δε αναφερόμενα «Steering Fluid CHF 11S» είναι μια αναλυτική περιγραφή και επίσημη αποκλειστική ονομασία επώνυμου εμπορικού προϊόντος της εταιρείας PENTOSIN:

- «Steering Fluid» (υγρό πηδαλιούχησης/τιμονιού) = περιγραφή Υδραυλικού Υγρού Διεύθυνσης
- «CHF11S» = κατοχυρωμένη εμπορική ονομασία προϊόντος της PENTOSIN

Συνοψίζοντας, η μελέτη ζητά ένα συνθετικό υγρό κεντρικών υδραυλικών συστημάτων, με περιγραφή «Steering Fluid» (Υδραυλικό Υγρό Διεύθυνσης) και μάλιστα, κατά παράβαση των όσων ρητά ορίζονται στο άρθρο 54 παράγραφος 4 του ν.4412/2016 (περί προϊόντων συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης και εμπορικού σήματος), κάνει μνεία σε συγκεκριμένο προϊόν τέτοιου είδους, της εταιρείας PENTOSIN, με εμπορική ονομασία «CHF 11S» χωρίς να σημειώνει ότι γίνεται «ενδεικτικά».

Σύμφωνα με το άρθρο 54 παράγραφος 4 του ν.4412/2016 στο βαθμό που ο μελετητής δεν αναζήτησε τεχνικές προδιαγραφές πλην του εμπορικού ονόματος «CHF 11S» και επιθυμούσε να κάνει μνεία σε αυτό, θα έπρεπε, «η εν λόγω μνεία να συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Δηλαδή, βάσει του νόμου 4412/2016 οποιαδήποτε αναφορά σε εταιρεία κατασκευής πρέπει να είναι ενδεικτική και να αναγράφεται για την διευκόλυνση της σύνταξης της προσφοράς του προμηθευτή και σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να υποδεικνύει την εταιρεία κατασκευής του λιπαντικού. Ο προμηθευτής πρέπει να δύναται να προσφέρει αντίστοιχο λιπαντικό με το αναγραφόμενο, οποιασδήποτε εταιρείας, με την προϋπόθεση ότι το προσφερόμενο προϊόν να είναι ισοδύναμο και να ανταποκρίνεται στις προδιαγραφές και την ποιότητα που τίθενται με την αναφορά του ενδεικτικού τύπου λιπαντικού.

Η εκ παραδρομής ή παράτυπη με τον τρόπο που έγινε, αναφορά συγκεκριμένου επώνυμου προϊόντος στο πεδίο των απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης, οδήγησε την επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού να εισηγηθεί λανθασμένα την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας.

Η επιτροπή εν αγνοία της οδηγήθηκε στην λανθασμένη αυτή εισήγηση πιστεύοντας ότι ο όρος «CHF 11S» είναι προδιαγραφή και όχι αναφορά σε συγκεκριμένο προϊόν, οπότε δεν μπήκε στη διαδικασία να ελέγξει αν το προϊόν που προσφέραμε με την τεχνική προσφορά μας είναι ισοδύναμο με αυτό που αναφερόταν στη μελέτη.

4.2. Επειδή η μελέτη:

- δεν προσδιορίζει παρά μόνον την απαίτηση να είναι το προϊόν Νο 9 «Συνθετικό»,
- ζητάει μόνο ένα «υδραυλικό υγρό κεντρικό συστημάτων (steering fluid)»,
- χρησιμοποιεί λανθασμένα τον όρο «Steering Fluid CHF 11S» ως προδιαγραφή
- και παράτυπα αναφέρει την εμπορική ονομασία ενός προϊόντος υποδεικνύοντας συγκεκριμένο κατασκευαστή χωρίς να κάνει χρήση του όρου «ή ισοδύναμο» (προσπαθώντας ίσως έτσι να προσδιορίσει κάποιον τύπο λιπαντικού αλλά με λανθασμένο τρόπο) δεν προκύπτει η υποχρέωση για τους οικονομικούς φορείς να αναζητήσουν υδραυλικά υγρά κεντρικών συστημάτων με τεχνικές προδιαγραφές πέραν του «συνθετικού».

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Παρ' όλα αυτά η εταιρεία μας, αν και δεν είχε τη σχετική υποχρέωση, αναζήτησε τις τεχνικές προδιαγραφές του προϊόντος με την εμπορική ονομασία PENTOSIN «CHF11S», που αναφέρει η μελέτη και προσέφερε, όπως της επιτρέπει ο νόμος, ισοδύναμο προϊόν, με ανάλογα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και τεχνικές προδιαγραφές που ακολουθούν τα ίδια πρότυπα (ISO 7308) όπως αποδεικνύεται από το κατατεθέν με την τεχνική προσφορά μας, τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος (3^ο επισυναπτόμενο).

Την δυνατότητα ανάλογης προσφοράς δίδει στους οικονομικούς φορείς ο ν.4412/2016 και σύμφωνα με το άρθρο 54 παράγραφος 5 η αναθέτουσα αρχή «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, ..ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές»

Σύμφωνα δε με την παράγραφο 6 του ίδιου άρθρου, «Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, 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»

Στον πίνακα που ακολουθεί αναγράφονται τα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του «PENTOSIN CHF 11S» και του «Multi TEC LHM Plus» που προσέφερε η εταιρεία μας:

ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ

Φυσικοχημικά	Συνθετικό υδραυλικό υγρό	Συνθετικό υδραυλικό υγρό
Χαρακτηριστικά	PENTOSIN CHF 11S	Multi TEC LHM Plus
Χρώμα	Σκούρο πράσινο	πράσινο
Πυκνότητα 20-15°C	825 kg. /m ³	0.84 gr/cm ³ (840kg/m ³)
Ιξώδες +100 oCcSt	6.0	6.2
Ιξώδες -40 oCcSt	1100	1110
Δείκτης Ιξώδους	313	>300
Σημείο ανάφλεξηςC	160	>150
Σημείο ροής (τήξης)°C	-57	-55

ΔΙΕΘΝΗ ΠΡΟΤΥΠΑ ΠΟΙΟΤΗΤΟΣ

ISO 7308

ΝΑΙ

ΝΑΙ

Τα χαρακτηριστικά αυτά αναφέρονται στα τεχνικά φυλλάδια που κατέθεσε τόσο η εταιρεία μας (3ο επισυναπτόμενο) όσο και η εταιρεία ...ABEEE που προσέφερε το «PENTOSIN CHF 11S» (4ο επισυναπτόμενο). Το προϊόν με την εμπορική ονομασία «Multi TEC LHM Plus» που προσέφερε η εταιρεία μας, είναι ένα συνθετικό υδραυλικό υγρό κεντρικών συστημάτων κατάλληλο για χρήση σε κλειστά κυκλώματα φρένων και συμπλέκτη, καλύπτει όπως και «PENTOSIN CHF 11S» τις απαιτήσεις του προτύπου ISO 7308, έχει δε φυσικοχημικές ιδιότητες παρόμοιες με το εν λόγω προϊόν όπως άλλωστε φαίνεται στον παραπάνω πίνακα και αναφέρει η κατασκευάστρια εταιρεία ...ΟΙΛ στην επιστολή της (2ο επισυναπτόμενο). Συνεπώς το «Multi TEC LHM Plus» που προσφέραμε για το προϊόν Νο9 πληροί τις προδιαγραφές και τα τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτεί η διακήρυξη και είναι κατάλληλο όπως και τα υπόλοιπα λιπαντικά της προσφοράς μας για τη χρήση που προορίζεται, η δε προσφορά της εταιρείας μας θα πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολο της.

Εξ όσων αναλυτικά παρατέθηκαν προκύπτει ότι, η απόφαση 225/2018 της Ο.Ε. του Δήμου, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας μας με την αιτιολογία ότι το λιπαντικό «Multi TEC LHM Plus» που προσφέραμε δεν καλύπτει την «προδιαγραφή CHF 11S» δεν ευσταθεί, καθώς ο τίτλος «CHF 11S» είναι επίσημη αποκλειστική ονομασία συγκεκριμένου επώνυμου εμπορικού προϊόντος και όχι προδιαγραφή, η δε απόφαση της Ο.Ε. παραβιάζει κατάφορα όσα ρητά προβλέπονται στο άρθρο 54 παράγραφος 5 του ν.4412/2016 που διέπει την διακήρυξη.

Επικουρικά αναφέρουμε ότι η επιτροπή διαγωνισμού μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις από τους προσφέροντες. Σύμφωνα με το άρθρο 102 παράγραφος 4 του ν.4412/2016 «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει...». Σύμφωνα δε με

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

τη παράγραφο 5 του ιδίου άρθρου, «Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.»

Η προφανής, όπως δείξαμε παραπάνω, ασάφεια στις τεχνικές προδιαγραφές του προϊόντος Νο9, οδήγησε την επιτροπή διαγωνισμού έχοντας αμφιβολίες αν πρέπει να αποκλείσει τη προσφορά της εταιρείας μας, να επικοινωνήσει τηλεφωνικά με τη κατασκευάστρια εταιρεία (...) και να ζητήσει προφορικές διευκρινίσεις για το προσφερόμενο προϊόν, κίνηση που επιβεβαιώνει τα όσα αναφέρουμε στη προσφυγή μας. Σε απάντηση του προφορικού αιτήματος η εταιρεία ... ζήτησε την έγγραφη υποβολή της ερώτησης αλλά ουδέποτε η επιτροπή διαγωνισμού υπέβαλε το σχετικό αίτημα.

Επειδή, προδήλως έχουμε έννομο συμφέρον για την άσκηση αυτής της προσφυγής καθώς η οικονομική προσφορά μας είναι η πλέον συμφέρουσα και με την αποδοχή της στη συνέχεια του διαγωνισμού προσωρινός ανάδοχος θα αναδειχθεί η εταιρεία μας.

Επειδή η τεχνική προσφορά μας καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται και δεν παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης.

Επειδή, στις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές για το προϊόν Νο9 με περιγραφή «Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη» είτε λανθασμένα, είτε εκ παραδρομής έγινε μνεία προϊόντος συγκεκριμένου κατασκευαστή και εμπορικού σήματος χωρίς η εν λόγω μνεία να συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» ή «ενδεικτικά».

Επειδή, η «τεχνική προδιαγραφή "Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S"» που επικαλείται η επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού στο 18580/2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών δεν είναι τεχνική προδιαγραφή

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

αλλά αναλυτική περιγραφή και επίσημη αποκλειστική ονομασία επώνυμου εμπορικού προϊόντος της εταιρείας

Επειδή, το προϊόν με την εμπορική ονομασία «Multi TEC LHM Plus» που προσέφερε η εταιρεία μας, είναι ένα συνθετικό υδραυλικό υγρό κεντρικών συστημάτων κατάλληλο για χρήση σε κλειστά κυκλώματα φρένων και συμπλέκτη, ισοδύναμο του «PENTOSIN CHF 11S» και καλύπτει όπως και το «PENTOSIN CHF 11S» τις απαιτήσεις του προτύπου ISO 7308, έχει δε φυσικοχημικές ιδιότητες παρόμοιες με το εν λόγω προϊόν που αποδεικνύεται από το τεχνικό φυλλάδιο που κατατέθηκε με την υποβολή της προσφοράς μας.

Επειδή, η εκτέλεση της προμήθειας διέπεται από το ν.4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)" [...].

Επειδή πουθενά στη διακήρυξη και τη μελέτη δεν αιτιολογείται ή δικαιολογείται η χρήση συγκεκριμένης μάρκας προϊόντος που δε μπορεί να αντικατασταθεί από ισοδύναμο και επειδή είναι προφανές ότι η επιτροπή αξιολόγησης έχει αντιληφθεί λανθασμένα την «μνεία» σε συγκεκριμένης μάρκας προϊόν (και δικαιολογημένα ως ένα σημείο αφού ο τρόπος που γίνεται είναι λανθασμένος) ως τεχνική προδιαγραφή.

Επειδή, ο νόμος μας επιτρέπει να προσφέρουμε ισοδύναμο προϊόν και το προσφερόμενο είναι ισοδύναμο αυτού που παράτυπα αναφέρεται στη μελέτη και αποδεικνύεται από έγγραφα που έχουν κατατεθεί με τη τεχνική προσφορά μας αλλά και από την επισυναπτόμενη επιστολή της εταιρείας

Επειδή, η προσφορά της εταιρείας μας είναι καθόλα σύννομη και τηρεί τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και τις απαιτήσεις της μελέτης που συνοδεύει αυτήν και βρίσκεται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών.[...]

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή έστειλε την 26/10/2018 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του ΕΣΗΔΗΣ στην ΑΕΠΠ και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο το με αριθμό πρωτ. 21959/26-10-2018 έγγραφο απόψεων μετά συνημμένων αρχείων (εγγράφων, φωτογραφιών και βίντεο) όπου περιλαμβάνει σε αντίκρουση των ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής αναφέροντας αυτολεξεί τα εξής : «

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Ως προς τον πρώτο λόγο που αφορά στο γεγονός ότι το "Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S" δεν αποτελεί τεχνική προδιαγραφή, αλλά αναλυτική περιγραφή και επίσημη αποκλειστική ονομασία επώνυμου εμπορικού προϊόντος της εταιρείας ..., η Επιτροπή ζητά την απόρριψη του ισχυρισμού του προσφεύγοντος διότι από την έρευνα αγορά που έκανε βρίσκονται σε κυκλοφορία στην ελληνική αγορά και άλλα προϊόντα στα οποία αναγράφεται η προδιαγραφή «CHF 11S». Ενδεικτικά σας παραπέμπουμε στο προϊόν RAVENOL SPECIAL SERVOLENKUNG FLUID "SSF," του οποίου σας επισυνάπτουμε και την ετικέτα την οποία φέρει (επισυναπτόμενο έγγραφο 2) , στην οποία στο πεδίο PRAXISBEWAHRT UND ERPROBT IN AGGREGATEN MIT FÜLLVORSCHRIFT/ACC. ΤΟ αναφέρονται οι προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των υγρών που χρησιμοποιούν οι κατασκευαστές οχημάτων και τους οποίους καλύπτει το συγκεκριμένο προϊόν. Μέσα σε αυτές τις προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των υγρών που καλύπτει το συγκεκριμένο προϊόν είναι και το «CHF 11S». Προς ενίσχυση αυτού υπάρχει σχετικό video, που βρίσκεται στην ηλεκτρονική διεύθυνση https://www.youtube.com/watch?v=zpllxNF_Gg4 και έχει αναρτηθεί στο YouTube τίτλο «CHF11S BMW Power steering Top off alternative CHF11S CHF7.1 CHF202», όπου δείχνει επίσης, ότι ο κατασκευαστής οχημάτων BMW που χρησιμοποιεί κατά αποκλειστικότητα την προδιαγραφή-τεχνική απαίτηση «CHF 11S» μπορεί να χρησιμοποιήσει το προϊόν Prestone το οποίο την καλύπτει. Επίσης σας επισυνάπτουμε και φωτογραφίες από το video αυτό προς διευκόλυνσή σας στο επισυναπτόμενο έγγραφο 3.

Έτσι από όλα τα παραπάνω είναι προφανές ότι ο όρος «CHF 11S» δεν ταυτίζεται με το προϊόν της εταιρείας PENTOSIN, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων αλλά αποτελεί ξεχωριστή προδιαγραφή-τεχνική απαίτηση των Υγρών Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη, την οποία καλύπτουν και άλλα προϊόντα εκτός του PENTOSIN που κυκλοφορούν στη ελεύθερη αγορά.

Ως προς τον Δεύτερο λόγο που αφορά στο γεγονός ότι, σύμφωνα με το άρθρο 54 παράγραφος 4 του ν.4412/2016 στο βαθμό που ο μελετητής δεν αναζήτησε τεχνικές προδιαγραφές πλην του εμπορικού σήματος «CHF 11S»

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

και επιθυμούσε να κάνει μνεία σε αυτό, θα έπρεπε, η εν λόγω μνεία να συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο», η Επιτροπή και πάλι προσήκει να απορρίψει τον σχετικό λόγο του προσφεύγοντος, διότι η συγκεκριμένη εταιρεία ακόμη και στην επιστολή διευκρινήσεων που υπέβαλε στις 21-6-2018 μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), την οποία και σας επισυνάπτουμε (επισυναπτόμενο έγγραφο 1), δεν ανέφερε κάποιο πρόβλημα στην ζητούμενη προδιαγραφή που αφορά το είδος Νο 9 με περιγραφή 'Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Φρένων και Συμπλέκτη'. Δεν υπέβαλε ποτέ αντίρρηση (Ένσταση, Προσφυγή κ.λπ.) σχετικά με την προκήρυξη, όπως όφειλε, σύμφωνα με αυτά που ορίζει η κείμενη νομοθεσία και ειδικότερα ο Ν. 4412/2016. Αντιθέτως με Υπεύθυνη Δήλωση της αποδέχθηκε τους όρους του διαγωνισμού.

Ως προς τον τρίτο λόγο που αφορά στο γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρεία, αν και δεν είχε τη σχετική υποχρέωση, αναζήτησε τις τεχνικές προδιαγραφές του προϊόντος με την εμπορική ονομασία PENTOSIN «CHF 11S», που αναφέρει η μελέτη και προσέφερε, όπως της επιτρέπει ο νόμος, ισοδύναμο προϊόν, με ανάλογα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και τεχνικές προδιαγραφές που ακολουθούν τα ίδια πρότυπα (ISO 7308) όπως αποδεικνύεται από το κατατεθέν με την τεχνική προσφορά της, τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος, η Επιτροπής προσήκει να απορρίπτει τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος διότι από το τεχνικό φυλλάδιο του προτεινόμενου προϊόντος με εμπορική ονομασία «Multi TEC LHM Plus» του προσφεύγοντος, αν και, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, με ανάλογα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και τεχνικές προδιαγραφές που ακολουθούν τα ίδια πρότυπα (ISO 7308), προκύπτει ότι οι προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των κατασκευαστών οχημάτων που αναγράφονται σ' αυτό δε είναι συμβατές με τις προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των κατασκευαστών οχημάτων που χρησιμοποιούν τα δικά μας οχήματα.

Ειδικότερα, για τα οχήματα-φορτηγά MAN του στόλου μας, ο κατασκευαστής οχημάτων-φορτηγών MAN προτείνει τα προϊόντα που χρησιμοποιούνται στα υδραυλικά κυκλώματα των οχημάτων του να καλύπτουν την προδιαγραφή-τεχνική απαίτηση «M 3289» ή «CHF 11S». Επίσης από το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος του προσφεύγοντος, δεν

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

προκύπτει ότι καλύπτονται οι ζητούμενες προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις και των άλλων κατασκευαστών οχημάτων για τα οχήματα τα οποία έχει στην κατοχή του ο Δήμος όπως της VW που είναι η TL 52146, της Ford που είναι η M2C204-A, της OPEL που είναι η 1940715, της BMW που είναι η 83290 και της SAAB που είναι η 93160548.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι αν είχε τεθεί ο όρος «ή ισοδύναμο» τότε αυτόματα το «CHF 11S» θα είχε καταστεί ως προϊόν και θα ερμηνευόταν ευχερώς ως τέτοιο. Ενώ δεν είναι αυτό το πνεύμα της μελέτης που το έθεσε ως προδιαγραφή όπως προκύπτει και από τα προσαγόμενα έγγραφα....»

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

14. Επειδή το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει τα εξής :

«1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:

[...]

ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους,[.....]

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,

ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,

ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59,

ιδ) τη δυνατότητα υποβολής εναλλακτικών προσφορών,

ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87

ιστ) τη διάρκεια ισχύος των προσφορών,

ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,

ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής,

ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων, κατά το άρθρο 132,

κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),

κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης, [...]

9. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται χρόνος παράδοσης των αγαθών μεγαλύτερος των δώδεκα (12) μηνών, μπορεί να περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης όρος περί αναπροσαρμογής της τιμής, υπό τους όρους του άρθρου 132. Στην περίπτωση αυτή πρέπει υποχρεωτικά να καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης ο τύπος, ο τρόπος και οι προϋποθέσεις της αναπροσαρμογής. Χρόνος εκκίνησης της αναπροσαρμογής είναι η ημερομηνία

υποβολής των προσφορών που καθορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης και υπολογίζεται μέχρι και την ημερομηνία παράδοσης των αγαθών. Σε περιπτώσεις τμηματικών παραδόσεων, η τιμή αναπροσαρμόζεται για τις ποσότητες που, σύμφωνα με τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται να παραδοθούν μετά την παρέλευση των δώδεκα (12) μηνών. Σε περίπτωση εκπρόθεσμης παράδοσης, με υπαιτιότητα του αναδόχου, ο χρόνος παράτασης δεν λαμβάνεται υπόψη για την αναπροσαρμογή. Προκαταβολή που χορηγήθηκε αφαιρείται από την προς αναπροσαρμογή συμβατική αξία.

10. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής γενικών υπηρεσιών, μπορεί να ορίζεται με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης όρος περί αναπροσαρμογής της τιμής, οι προϋποθέσεις και ο τρόπος αναπροσαρμογής αυτής».

15. Επειδή το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 προβλέπει 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.

Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες.

Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.

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 προτύπων, 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, 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

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μεία 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 οι λύσεις αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι 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 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. [...]».

16. Επειδή το άρθρο 56 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Εκθέσεις δοκιμών, πιστοποίηση και άλλα αποδεικτικά μέσα» προβλέπει τα κάτωθι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να προσκομίζουν έκθεση δοκιμών από οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης ή πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από τέτοιο οργανισμό ως αποδεικτικό μέσο συμμόρφωσης με απαιτήσεις ή κριτήρια που αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Αν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από συγκεκριμένο οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης, οφείλουν να δέχονται επίσης πιστοποιητικά από άλλους ισοδύναμους οργανισμούς αξιολόγησης της συμμόρφωσης.

Για τους σκοπούς της παρούσας παραγράφου, οργανισμός αξιολόγησης της συμμόρφωσης είναι ένας οργανισμός ο οποίος πραγματοποιεί δραστηριότητες αξιολόγησης της συμμόρφωσης, συμπεριλαμβανομένων βαθμονομήσεων, δοκιμών, πιστοποίησης και επιθεώρησης και είναι διαπιστευμένος, σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 765/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται και άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, εκτός από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1, όπως τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην παράγραφος 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας και ότι ο ίδιος αποδεικνύει ότι τα προς παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης.

3. Εφόσον ζητηθεί:

*α) η ανώνυμη εταιρεία «Εθνικό Σύστημα Υποδομών Ποιότητας» (ΕΣΥΠ Α.Ε.),
β) η ανώνυμη εταιρεία «Ελληνικός Οργανισμός Τυποποίησης» (ΕΛΟΤ Α.Α.)
και*

γ) η ανώνυμη εταιρεία «Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης» (ΕΣΥΔ Α.Ε.), θέτουν στη διάθεση άλλων κρατών μελών, οποιοσδήποτε πληροφορίες σχετικά με τα στοιχεία και τα έγγραφα που υποβάλλονται, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 54, το άρθρο 55 και τις παραγράφους 1 και 2.

Οι αρμόδιες αρχές του κράτους-μέλους εγκατάστασης του οικονομικού φορέα κοινοποιούν τις σχετικές πληροφορίες, σύμφωνα με το άρθρο 343. Ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, αρμόδιες είναι οι παραπάνω τρεις ανώνυμες εταιρείες».

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

17. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει ρητώς τα εξής :

«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 απαράβατων 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 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.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας».

18. Επειδή στο άρθρο 94 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου "Τεχνική Προσφορά"» και δη στην παρ. 4 ορίζεται ρητώς το εξής : «4. 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».

19. Επειδή το Παράρτημα VII του Ν. 4412/2016 «Ορισμοί ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών» προβλέπει τα εξής : «Για τους σκοπούς του Βιβλίου I νοούνται ως:

1. «τεχνική προδιαγραφή» ένα από τα ακόλουθα

α) όταν πρόκειται για συμβάσεις δημοσίων έργων: όλες οι τεχνικές απαιτήσεις που περιέχονται ιδίως στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά υλικού, προϊόντος ή αγαθού, ώστε να ανταποκρίνονται στη χρήση για την οποία προορίζονται από την αναθέτουσα αρχή· τα χαρακτηριστικά αυτά περιλαμβάνουν τα επίπεδα περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, τον σχεδιασμό για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης των ατόμων με αναπηρία) και την αξιολόγηση της συμμόρφωσης, την επίδοση, την ασφάλεια ή τις διαστάσεις, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών σχετικά με τη διασφάλιση της ποιότητας, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και τις μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες χρήσης καθώς και τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε κάθε στάδιο του κύκλου ζωής των έργων τα χαρακτηριστικά αυτά περιλαμβάνουν επίσης τους κανόνες μελέτης και υπολογισμού των έργων, τους όρους δοκιμής, ελέγχου και παραλαβής των έργων καθώς και τις κατασκευαστικές τεχνικές ή μεθόδους και κάθε άλλο όρο τεχνικού χαρακτήρα που η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να καθορίσει, μέσω γενικών ή ειδικών κανονιστικών διατάξεων, σχετικά με τα ολοκληρωμένα έργα καθώς και με τα υλικά ή τα στοιχεία που συνιστούν τα έργα αυτά·

β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης·

2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες:

α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού·

β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού·

γ) «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού·

3. «ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση»: η τεκμηριωμένη αξιολόγηση των επιδόσεων ενός δομικού προϊόντος, σε συνάρτηση με τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, σύμφωνα προς το αντίστοιχο έγγραφο ευρωπαϊκής αξιολόγησης, όπως ορίζεται στο άρθρο 2 περίπτωση 12 στον κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 305/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου(1)·

4. «κοινή τεχνική προδιαγραφή»: η τεχνική προδιαγραφή στον τομέα ΤΠΕ που έχει εκπονηθεί σύμφωνα με τα άρθρα 13 και 14 του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1025/2012·

5. «τεχνικό πλαίσιο αναφοράς»: κάθε παραδοτέο το οποίο εκπονείται από τους ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης, πλην των ευρωπαϊκών

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

προτύπων, σύμφωνα με διαδικασίες προσαρμοσμένες στην εξέλιξη των αναγκών της αγοράς».

20. Επειδή οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ορίζουν τα εξής : **i)** Άρθρο: 1.3 με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης» τα κάτωθι «Για τα λιπαντικά κριτήριο κατακύρωσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση μόνο την τιμή...» **ii)** Στο Άρθρο: 2.4.3.2. ορίζονται τα εξής: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή 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 ανάθεσης, καθώς και οτιδήποτε ρητά ζητείται στο παράρτημα "Τεχνικές Προδιαγραφές"». **iii)** Στο Άρθρο: 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: Κ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.»

iv) Στην συνημμένη της διακήρυξης Τεχνική έκθεση αναφέρεται μεταξύ άλλων «Η εκτέλεση της προμήθειας διέπεται από: - Το ν. 4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» **v)** Στην τεχνική μελέτη όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές των λιπαντικών αναφέρεται ρητά « Β) ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ με τις παρακάτω προδιαγραφές :

Όλα τα είδη των λιπαντικών θα πρέπει να :

A) Είναι αρίστης ποιότητας, πρωτογενή και μη ανακυκλωμένα. Τα λάδια πολλαπλής ρευστότητας θα έχουν την ιδιότητα να μην μεταβάλλεται το ιξώδες τους σε ένα ευρύ φάσμα θερμοκρασιών .

B) Έχουν προδιαγραφές σύμφωνα με την Κ.Υ.Α. 526/2004/05 (ΦΕΚ 630/Β/12-05-2005) των υπουργών Οικονομίας & οικονομικών και Ανάπτυξης περιβάλλοντος, χωροταξίας και Δημοσίων Έργων και έγκριση κυκλοφορίας η οποία δίδεται μετά την καταχώρηση των προσφερόμενων λιπαντικών που

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

τηρεί η Δ/ση Πετροχημικών του ΓΧ. του Κράτους. Η έγκριση κυκλοφορίας θα κατατίθεται με την προσφορά.

Γ) Η παραγωγός εταιρία των προσφερόμενων λιπαντικών θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιημένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας (ΣΔΠ) για την παραγωγή των λιπαντικών σύμφωνα με το πρότυπο ISO 9001 : 2008 και Πιστοποιητικό συμμόρφωσης συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001 : 2004.

Δ) Η προσφορά θα πρέπει να συνοδεύεται από πρωτότυπο τεχνικό φυλλάδιο της εταιρίας παραγωγής με όλες τις πληροφορίες για τα τεχνικά χαρακτηριστικά και την χρήση του κάθε προσφερόμενου υλικού.

Ε) Τα προϊόντα θα παραδίδονται συσκευασμένα σε σφραγισμένα δοχεία, τα οποία δοχεία θα έχουν σήμανση με το όνομα της εταιρίας παραγωγής, τη σύσταση του λιπαντικού και την ημερομηνία παραγωγής». Ενώ ως προς την επιμέρους προδιαγραφή του προϊόντος ν.9 Υγρό Κλειστού Κυκλώματος Συνθετικό Φρένων και Συμπλέκτη αναφέρεται «Συνθετικό Steering Fluid CHF 11S».

21. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, 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).

22. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

23. 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, σκ. 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 επιτυχανόταν 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, σκ. 27).

24. Επειδή 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, καταρχήν 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 γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001,

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

25. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006). Περαιτέρω, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, όπως εν προκειμένω, υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642' Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών

διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, *Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων*, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διεΐσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (σελ. 381, ο.π)].

26. Επειδή οι προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός υλικού ή προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, προκειμένου να γίνουν αυτά αποδεκτά σε μια δημόσια σύμβαση, όπως είναι για παράδειγμα τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής επίδοσης, τα επίπεδα ασφάλειας, ο σχεδιασμός για όλες τις χρήσεις, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία, οι διαστάσεις του προϊόντος κλπ (S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., 2005, chapter 17, Δ. Ράικος, *Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2017, σελ. 356 επ.).

27. Επειδή, «το άρθρο 42 της Οδηγίας (εννοεί 2014/24) περιλαμβάνει στις παραγράφους 5 και 6 διατάξεις και για το εξόχως πρακτικού ενδιαφέροντος ζήτημα του βάρους απόδειξης ότι τα προσφερόμενα προϊόντα είναι ισοδύναμα με εκείνα που ζητούν οι αναθέτουσες αρχές μέσω της χρήσης προτύπων ή, όπου αυτό επιτρέπεται, με τη μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης κ.λ.π. Το εν λόγω βάρος απόδειξης φέρει, κατά το γράμμα της διάταξης, ο προσφέρων» (Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2017, σελ. 365).

28. Επειδή οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της διαφάνειας έχουν καθοριστική σημασία όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, δεδομένου του κινδύνου δημιουργίας δυσμενών διακρίσεων εξαιτίας της επιλογής των τεχνικών προδιαγραφών ή λόγω του τρόπου με τον οποίο οι προδιαγραφές αυτές διατυπώνονται (βλ., όσον αφορά την οδηγία 2004/18, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 62).

29. Επειδή όπως προκύπτει από το άρθρο 42 παράγραφος 4 της οδηγίας 2014/24, επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση και εφόσον δεν είναι δυνατόν να παρασχεθεί αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της συμβάσεως κατ' εφαρμογήν του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής, να γίνει αναφορά σε συγκεκριμένη κατασκευή ή προέλευση ή ιδιαίτερη μέθοδο κατασκευής που είναι χαρακτηριστικές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που παρέχει συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, ή ακόμη σε εμπορικό σήμα ή δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, υπό τον όρο μια τέτοια αναφορά να δικαιολογείται από το αντικείμενο της συμβάσεως και να τηρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις που τάσσει σχετικώς η οδηγία 2014/24, μεταξύ άλλων, να συνοδεύεται η αναφορά αυτή, στα έγγραφα του διαγωνισμού, από τη μνεία «ή ισοδύναμο». Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του εξαιρετικού χαρακτήρα της εν λόγω διατάξεως, οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής πρέπει να ερμηνεύονται συστατικώς (ad hoc C-413/17, της 25ης Οκτωβρίου 2018, «Roche Lietuva» UAB, σκ. 38). Πράγματι, κατά τη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών νομολογία, η μη προσθήκη των λέξεων «ή ισοδύναμο» μετά τον καθορισμό, στη συγγραφή υποχρεώσεων, ενός συγκεκριμένου προϊόντος είναι δυνατό όχι μόνο να αποτρέψει από την υποβολή προσφορών τους οικονομικούς φορείς που χρησιμοποιούν ανάλογα προς το προϊόν αυτό συστήματα, αλλά μπορεί επίσης να παρεμβάλει εμπόδια στα ρεύματα εισαγωγών στο πλαίσιο του διασυνοριακού εμπορίου εντός της Ένωσης, καθώς η σχετική σύμβαση επιφυλάσσεται μόνο στους προμηθευτές που προτίθενται να χρησιμοποιήσουν το ειδικώς μνημονευόμενο προϊόν (βλ., υπ' αυτή την έννοια, διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, σκέψη 22 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

30. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως και η υποχρέωση διαφάνειας, οι οποίες κατοχυρώνονται με το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17/EK, αφενός, συνεπάγονται ιδίως ότι στους προσφέροντες πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο κατά τον οποίο οι προσφορές τους αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή και, αφετέρου, αποτελούν τη βάση των κανόνων της Ένωσης σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

συμβάσεων (απόφαση της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37).

31. Επειδή, επομένως, η αναθέτουσα αρχή, όταν κάνει χρήση της δυνατότητας που του παρέχει το άρθρο 34, παράγραφος 8, δεύτερη περίοδος, της οδηγίας 2004/17/EK, οφείλει να απαιτεί από τον προσφέροντα που επιθυμεί να αξιοποιήσει την ευχέρεια να προτείνει προϊόντα ισοδύναμα με εκείνα που έχουν καθοριστεί δια παραπομπής σε ορισμένο σήμα, σε συγκεκριμένη καταγωγή ή σε συγκεκριμένη παραγωγή, να αποδείξει, ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς του, την ισοδυναμία των επίμαχων προϊόντων (απόφαση 12ης Ιουλίου 2018, C-14/2017, VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) κατά Iveco Orecchia SpA, σκ. 27)

32. Επειδή, περαιτέρω, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να αιτιολογούν κάθε απόφαση με την οποία διαπιστώνεται η μη ύπαρξη ισοδυναμίας. Μολονότι, επομένως, δεν δύναται να επιτρέψει στους προσφέροντες να αποδεικνύουν την ισοδυναμία των προτεινόμενων από αυτούς λύσεων μετά την υποβολή των προσφορών τους, εντούτοις διαθέτει εξουσία εκτιμήσεως για τον καθορισμό των μέσων που μπορούν να χρησιμοποιήσουν οι προσφέροντες προκειμένου να αποδείξουν την ισοδυναμία αυτή με τις προσφορές τους. Εντούτοις, η εξουσία αυτή πρέπει να ασκείται κατά τρόπον ώστε τα αποδεικτικά μέσα που γίνονται δεκτά από τον αναθέτοντα φορέα να του παρέχουν όντως τη δυνατότητα να προβεί στη δέουσα αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών και να μην βαίνουν πέραν του αναγκαίου προς τούτο μέτρου, προκειμένου να αποτρέπεται το ενδεχόμενο τα αποδεικτικά αυτά μέσα να δημιουργήσουν αδικαιολόγητα εμπόδια στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, κατά παράβαση της ενωσιακής νομοθεσίας. Συνεπώς, όταν οι τεχνικές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται στα έγγραφα του διαγωνισμού κάνουν μνεία συγκεκριμένου σήματος, συγκεκριμένης καταγωγής ή συγκεκριμένης παραγωγής, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να απαιτεί από τον προσφέροντα να αποδείξει, ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς του, την ισοδυναμία των προϊόντων που προτείνει σε σχέση με τα προϊόντα που καθορίζονται στις εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές απόφαση 12ης Ιουλίου

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

2018, C-14/2017, VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) κατά Iveco Orecchia SpA, σ.31-35).

33. Επειδή, εν προκειμένω, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα το τμήμα της προδιαγραφής της επίμαχης ομάδας, που αναφέρει «CHF 11S» συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρείας FUCHS Schmierstoffe GmbH, Γερμανίας (με αριθμό εγγραφής ή καταχώρισης 39627081, ημερομηνία έναρξης 13-1-1997 και λήξης 30-6-2026) (<https://www.tmdn.org/tmview/welcome.html?lang=el>), η οποία μεταξύ άλλων είναι η παραγωγός του προϊόντος Pentosin CHF 11S στο οποίο αναφέρεται η προσφεύγουσα (<https://www.fuchs.com/gr/el/proionta/katalogos-proionton/lipantika-aytokiniton/#231>) οπότε συλλήβδην η εν θέματι προδιαγραφή περιλαμβάνει το ως άνω αναφερόμενο εμπορικό σήμα.

34. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω, δεν έχει τεκμηριώσει την υπαγωγή στην εξαίρεση του άρθρου 54 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1106/2008), ωστόσο δεν έχει προσβληθεί κατά το επίμαχο στάδιο ο οικείος όρος. Έχει, δε, κριθεί ότι δεν είναι επιτρεπτή η προβολή αιτιάσεων σχετικών με παραβάσεις του νόμου ή της διακηρύξεως, οι οποίες είχαν επιφοχωρήσει σε προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού, εφόσον αφενός μεν οι πλημμέλειες που φέρεται να έλαβαν χώρα ήσαν ευχερώς διαγνώσιμες, ήταν, δηλαδή, δυνατή η διαπίστωσή τους ήδη από το προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας με βάση τα στοιχεία που γνωστοποιούνται κατά τον νόμο στους διαγωνιζομένους ή τα στοιχεία που θα μπορούσε ο διαγωνιζόμενος να συλλέξει επιδεικνύοντας την συνήθη επιμέλεια, και αφετέρου ήταν δυνατή, κατά τους οικείους δικονομικούς κανόνες και κανόνες διοικητικής διαδικασίας, η επίκαιρη προβολή σχετικών αιτιάσεων κατά των πράξεων της αρχής που εκδίδονται σε προηγούμενα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., όσον αφορά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, πρβλ. Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, απόφαση της 8ης Μαΐου 2014, C-161/13, Idrodinamica Spurgo Velox srl κ.λπ.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

προσφέροντες κατά την υποβολή. (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας στο βαθμό που βάλλουν αμέσως ή εμμέσως κατά του υπό εξέταση όρου των τεχνικών προδιαγραφών προβάλλονται απαραδέκτως ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ενώ οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής των όρων της διακήρυξης από την προσφεύγουσα σε κάθε περίπτωση προβάλλονται αλυσιτελώς λόγω του απαραδέκτου της προβολής των εν θέματι ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

35. Επειδή, οι ισχυρισμοί που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ότι από τα προσκομισθέντα αρχεία προκύπτει ότι η απαίτηση “CHF 11S” συνιστά τεχνική προδιαγραφή που πληρούται και από το «RAVENOL SPECIAL SERVOLENKUNG FLUID "SSF," όπως και από το Prestone, βάσει των άνω εκτεθέντων (σκεπτ. 33), κρίνονται ως αβάσιμοι. Εξάλλου, η φράση «*Practice and Tested in aggregates with filling....CHF 11S...*» σε ελεύθερη ερμηνεία καταδεικνύει τη συμβατότητα του εν λόγω προϊόντος με συγκεκριμένα μηχανήματα που εξυπηρετούνται καταρχήν από το συγκεκριμένο προϊόν και ουδόλως αποδεικνύει ότι η φράση «CHF 11S» δεν συνιστά εμπορικό σήμα άλλως ότι δεν ταυτίζεται με συγκεκριμένο εμπορικό προϊόν.

36. Επειδή, επομένως, με βάση τα ως άνω διαλαμβανόμενα δεν είναι θεμιτός ο αποκλεισμός υποψηφίου που μπορεί να αποδείξει ότι παρέχει ισοδύναμη τεχνική λύση/προϊόν. Ωστόσο, υφίστανται πλείστα όσα δυνητικά αποδεικτικά μέσα απόδειξης της ισοδυναμίας, συμπεριλαμβανομένων των προβλεπομένων στο άρθρο 56 του Ν. 4412/2016. Στα πλαίσια, δε, της χρηστής διοίκησης και των επιταγών του άρθρου 18 και 53 του Ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή δέον είναι να προβαίνει σε ειδικές σχετικές προβλέψεις περί της απόδειξης του «ισοδυνάμου» εντός των συμβατικών τευχών.

37. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται

από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, *ΕΔημ.Εργ.* 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

38. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.pnevdedou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

39. Επειδή, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη πράξη αναφέρει απλώς ότι δεν πληροί η προσφεύγουσα την τιθέμενη προδιαγραφή. Ενώ με τις απόψεις, αναφέρει ρητώς «...από το τεχνικό φυλλάδιο του προτεινόμενου προϊόντος με εμπορική ονομασία «Multi TEC LHM Plus» του προσφεύγοντος, αν και, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, με ανάλογα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και τεχνικές προδιαγραφές που ακολουθούν τα ίδια πρότυπα (ISO 7308), προκύπτει ότι οι προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των κατασκευαστών οχημάτων που αναγράφονται σ' αυτό δε είναι συμβατές με τις προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις των κατασκευαστών οχημάτων που χρησιμοποιούν τα δικά μας οχήματα». Επεξηγεί ,δε, την ως άνω κρίση με τα ρητώς αναφερόμενα κάτωθι :

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

«Ειδικότερα, για τα οχήματα-φορηγά MAN του στόλου μας, ο κατασκευαστής οχημάτων-φορηγών MAN προτείνει τα προϊόντα που χρησιμοποιούνται στα υδραυλικά κυκλώματα των οχημάτων του να καλύπτουν την προδιαγραφή-τεχνική απαίτηση «M 3289» ή «CHF 11S». Επίσης από το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος του προσφεύγοντος, δεν προκύπτει ότι καλύπτονται οι ζητούμενες προδιαγραφές-τεχνικές απαιτήσεις και των άλλων κατασκευαστών οχημάτων για τα οχήματα τα οποία έχει στην κατοχή του ο Δήμος όπως της VW που είναι η TL 52146, της Ford που είναι η M2C204-A, της OPEL που είναι η 1940715, της BMW που είναι η 83290 και της SAAB που είναι η 93160548».

40. Επειδή, συνακόλουθα, όσον αφορά την αρχική και συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, η οποία υπεβλήθη με τις απόψεις της, ως προς την περίπτωση θεμελίωσης του «ισοδυνάμου» του προσφερόμενου προϊόντος της προσφεύγουσας σε σχέση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, οι ως άνω ρητώς αναφερθέντες ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής απορρίπτονται ως όλως αόριστοι κι επομένως απαράδεκτοι, άλλως και όλως επικουρικώς αναπόδεικτοι, ενώ δεν παρέχουν αντίκρουση στους *ad hoc* ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που επικαλείται συγκεκριμένα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και την κατοχή του αυτού ISO 7308 με το προϊόν της προσωρινής αναδόχου «...ABEE», που είναι η μόνη έτερη προσφέρουσα στο συγκεκριμένο τμήμα και η μόνη εν γένει που πληροί με βάση την προσβαλλόμενη πράξη την εν θέματι προδιαγραφή.

41. Επειδή, όλως επικουρικώς, προκύπτει από τον διαμορφωθέντα φάκελο, λαμβανομένου υπόψη και του περιεχομένου της αόριστης, ως προελέχθη, αιτιολόγησης της προσβαλλόμενης πράξης, ότι δεν καθίσταται σαφές από την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας άνευ αμφιβολίας η μη πλήρωση του οικείου όρου της διακήρυξης κατά τρόπο ισοδύναμο και σε κάθε περίπτωση αποδεκτό, καθόσον μάλιστα, υφίσταται έλλειψη ειδικότερης πρόβλεψης στη διακήρυξη ως προς τα απαιτούμενα στοιχεία προς διάγνωση και ασφαλή εξαγωγή τεχνικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής περί του ισοδυνάμου ή μη του προτεινόμενου από την προσφεύγουσα λιπαντικού. Επισημαίνεται, δε, ότι το γεγονός ότι δεν είναι εντός των προτεινόμενων από την κατασκευάστρια εταιρεία MAN προϊόντων το υπό εξέταση προϊόν, δεν

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

θεμελιώνει επαρκώς την απόρριψή του, ως επίσης, και το γεγονός ότι δεν προκύπτει σαφώς από τα τεχνικά φυλλάδια ότι δύναται να καλύψει τις απαιτήσεις των λοιπών οχημάτων της αναθέτουσας αρχής, έτερων κατασκευαστικών φορέων (FORD, OPEL, BMW, SAAB) κι επομένως κατά λογική αντιδιαστολή δεν αποδεικνύεται και το αντίθετο που θα συνιστούσε νόμιμο έρεισμα για την κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Εξάλλου, ως προαναφέρθη δεν προκύπτει από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο και τον Νόμο 4412/2016, ο οποίος το συμπληρώνει (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2/16, *Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές Διατάξεις – Νομολογία*, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, σελ. 539 και την εκεί αναφερόμενη νομολογία) κατά ευθεία αναφορά στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης και σε επιμέρους όρους αυτής (βλ. σκέψη 20 ανωτέρω) η υποχρέωση απόδειξης της ισοδυναμίας – εφόσον μάλιστα δεν είχε προβλεφθεί ως δυνατότητα – μόνο από τα σχετικά τεχνικά φυλλάδια που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή.

42. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Υπό το πρίσμα αυτό, έχει κριθεί συναφώς (βλ. σκέψη 37) ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας) προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011).

43. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα υπό σκέψη 25 ανωτέρω διαλαμβανόμενα, εντός του πλέγματος των πράξεων διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, που δύνανται να ελεγχθούν βάσει της διατυπωθείσας αιτιολογίας τους ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων τους, εντάσσεται και η αναζήτηση από τον υποψήφιο συγκεκριμένων αποδεικτικών μέσων, συμπεριλαμβανομένων των αναφερόμενων στο άρθρο 56 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να αποδείξει την ισοδυναμία του προτεινόμενου προϊόντος με το αναφερόμενο/ περιγραφόμενο προϊόν εντός των «τεχνικών προδιαγραφών».

44. Επειδή, ωστόσο, εν προκειμένω, η αξιολόγηση και απόρριψη της αναθέτουσας αρχής ερείδεται επί εσφαλμένης κρίσης περί του περιεχομένου του οικείου όρου τεχνικών προδιαγραφών και σε κάθε περίπτωση, κατά παράβαση της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 περί παροχής διευκρινίσεων επί της κατατεθείσας τεχνικής προσφοράς, εφόσον αυτή καταρχήν περιέχει το σύνολο των τυπικά ορισθέντων στοιχείων κι εγγράφων βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου.

45. Επειδή, περαιτέρω, όσον αφορά την συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, η οποία υπεβλήθη με τις απόψεις της, ως προς την περίπτωση θεμελίωσης του «ισοδυνάμου» του προσφερόμενου προϊόντος της προσφεύγουσας σε σχέση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, οι ως άνω υπό σκέψεις 12 και 39 ρητώς αναφερθέντες ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής απορρίπτονται ως όλως αόριστοι κι επομένως απαράδεκτοι, άλλως και όλως επικουρικώς αναπόδεικτοι, ενώ ταυτόχρονα προκύπτει αβίαστα ότι δεν παρέχουν αντίκρουση στους *ad hoc* ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που επικαλείται συγκεκριμένα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά και την κατοχή του αυτού ISO 7308 με το προϊόν της προσωρινής αναδόχου «...ABEE», που είναι η μόνη έτερη προσφέρουσα στο συγκεκριμένο τμήμα και η μόνη εν γένει που πληροί με βάση την προσβαλλόμενη πράξη την εν θέματι προδιαγραφή.

46. Επειδή, δεδομένης της μη άσκησης από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής της δέσμιας αρμοδιότητάς της στα πλαίσια και του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 περί εξέτασης του συνόλου της προσφοράς της προσφεύγουσας και πρωτογενούς αξιολόγησής της (βλ. Δ.Εφ.Πειρ. Ν44/2018) προβαίνοντας σε σχετικό αίτημα διευκρινίσεων – εφόσον απαιτείται για την μετά βεβαιότητας κρίση του «ισοδυνάμου» ή μη του προσφερόμενου προϊόντος της προσφεύγουσας με το ρητώς απαιτούμενο, που προσφέρει η προσωρινή ανάδοχος - τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα ενώπιον της ΑΕΠΠ στοιχεία με αναφορά σε συγκριτικά μεγέθη φυσικοχημικών χαρακτηριστικών των δύο προϊόντων, ήτοι του αναφερόμενου στη διακήρυξη (και προσφερόμενου από την προσωρινή ανάδοχο) και του προτεινόμενου από την ίδια, καθώς και την κατοχή του αυτού ISO, αλλά και εν γένει ειδικότεροι ισχυρισμοί περί του ισοδυνάμου του

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

προσφερόμενου λιπαντικού δυνάμει σχετικής προσκομισθείσας επιστολής της παραγωγού εταιρείας «...Α.Ε.» προβάλλονται απαραδέκτως.

47. Επειδή, περαιτέρω, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα επικοινωνία της αναθέτουσας αρχής με την «...Α.Ε.», στο βαθμό που δεν αποδεικνύεται προβάλλεται απαραδέκτως και σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς.

48. Επειδή, ο εν κατακλείδι ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής με τις απόψεις της *«Από τα παραπάνω προκύπτει ότι αν είχε τεθεί ο όρος «ή ισοδύναμο» τότε αυτόματα το «CHF 11S» θα είχε καταστεί ως προϊόν και θα ερμηνευόταν ευχερώς ως τέτοιο»* ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι ένα εμπορικό σήμα συγκεκριμένου προϊόντος λόγω μη αναγραφής της φράσης «ή ισοδύναμο» ήτοι κατ' επιλογήν της αναθέτουσας αρχής, δύναται να συνιστά κατά την ερμηνεία του οικείου όρου τεχνική προδιαγραφή που περιγράφει λειτουργικό ή ποιοτικό χαρακτηριστικό κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 54 παρ. 3 α). Επομένως, ο εν λόγω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

49. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

50. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

51. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016) ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 10 Δεκεμβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1079/2018

Η Πρόεδρος

Άννα Χριστοδουλάκου

Η Γραμματέας

Ειρήνη Τσιμπούκη