

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8-8-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 772/9-8-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντα φορέα «...».

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ζητά την ακύρωση της με αρ. 217/2018 απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για την προμήθεια λιπαντικών, κατόπιν της με αρ. ... διακήρυξης ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας «Προμήθεια Υγρών καυσίμων (βενζίνη αμόλυβδη 95 – πετρέλαιο θέρμανσης – πετρέλαιο κίνησης) και λιπαντικών» για ένα έτος, με CPV 09132100-4, 09134100-8, 09135100-5 και 09210000-4, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη ανά είδος προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 97.286,10€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 21-6-2018, η οποία δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-5-2018 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 29-5-2018 με συστημικό αριθμό... αναρτήθηκε στην οικεία ιστοσελίδα της ... την 1-7-2018 και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 26-7-2018. Η υπόψη διακήρυξη υποδιαιρείται σε τέσσερα (4) τμήματα, ήτοι για βενζίνη αμόλυβδη 95, πετρέλαιο κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης και λιπαντικά, οι δε υποψήφιοι

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

δεν είναι, κατά τη διακήρυξη, υπόχρεοι να καταθέσουν προσφορά για όλα τα υπό προμήθεια είδη, είναι όμως υπόχρεοι να καταθέσουν προσφορά για το σύνολο της ποσότητας ανά είδος. Στο διαγωνισμό για το τμήμα που αφορά στην προμήθεια λιπαντικών κατατέθηκαν συνολικά τέσσερις (4) προσφορές, ήτοι των οικονομικών φορέων «...», «...», «...» και του προσφεύγοντος, ενώ με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκαν στο στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής αξιολόγησης αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και του προσφεύγοντος, ενώ κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών ο οικονομικός φορέας «...» αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης με προσφερόμενο τίμημα ποσού 6.941,02 €, έναντι ποσού 10.227,60€ που προσέφερε ο προσφεύγων και ως εκ τούτου ο οικονομικός φορέας «...» κηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το εν λόγω τμήμα, ήτοι της προμήθειας λιπαντικών.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00 €, που πληρώθηκε με ισόποσο έμβασμα Τραπέζης ΠΕΙΡΑΙΩΣ.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 8-8-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά της με αρ. 217/2018 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντα φορέα κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για την προμήθεια λιπαντικών, διότι ο οικονομικός φορέας «...» : **α)** υπέβαλε τα παρακάτω επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς του με τους τίτλους αρχείων 1.1.2.3.4.6. STEELO GR.pdf, 5. TDS AEGEAN VITO GEAR MULTII 80W-90.pdf, 7.8. TDS GEYSER ST GR.pdf, 9. ATF gr.pdf, 10. AVANTGARDE ULTRA SAE 20W-50 API CI4 SL_29 05 2013 GR.pdf, 12. STABIO VDL.pdf, 13. TDS VERSO MOTOR 10W40 - 1.pdf, 14.

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

MOTO 2T SYNTH GR.pdf, 15. TDS CA 72 Litol-24 (UM185Li3) .pdf, 16. TDS MULTILIT KSM PROTEC MoG2.pdf, 17. TDS DELPHI DOT 4.pdf, 18. ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ MECH NOMAROSZ CONCENTRATED.pdf, 19. 202-1_T TDS.pdf, 20. 200-14 MAKRA TDS.pdf, 21. 102212 MAKRA TDS.pdf, ΣΕΛ.42.2 TDS WHITE OILS.pdf και ΣΕΛ.43.12 TDS DOWCAL 200.pdf, τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, χωρίς θεώρηση-επικύρωση ως πιστών αντιγράφων, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Ν. 4250/2014, **β)** σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, τα υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια, όταν δεν υπογράφονται ψηφιακά από τον κατασκευαστικό οίκο, υποβάλλεται στην προσφορά του οικονομικού φορέα, υπεύθυνη δήλωση για την απόδειξη της ακρίβειας των στοιχείων που περιλαμβάνονται στα υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια στην οποία δηλώνεται υπεύθυνα από τον οικονομικό φορέα ότι: *«Τα προσφερόμενα είδη ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (Prospectus) της κατασκευάστριας εταιρείας. Τα αναγραφόμενα στοιχεία των ηλεκτρονικά υποβαλλόμενων τεχνικών φυλλαδίων (prospectus) ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (prospectus) του κατασκευαστικού οίκου.»*. Ο ως άνω οικονομικός φορέας υπέβαλε στην προσφορά του όλα τα τεχνικά φυλλάδια, δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού, διότι είναι τα έγγραφα εκείνα, τα οποία αποδεικνύουν την συμφωνία των τεχνικών προδιαγραφών των προσφερομένων λιπαντικών με τα προς προμήθεια είδη του αναθέτοντα φορέα, κατ' απαίτηση του άρθρου 9 της διακήρυξης, **γ)** το προσφερόμενο από την συμμετέχουσα επιχείρηση «...» υδραυλικό λιπαντικό GEYSER ST 68, στο τεχνικό του φυλλάδιο, στις προδιαγραφές του αναφέρει ότι είναι σύμφωνα με το πρότυπο DIN 51524, κατηγορίας 51524-HLP δηλαδή 51524-2 (PART II) και όχι της κατηγορίας 51524-HVLP δηλαδή 51524-3 (PART III). Όσον αφορά τον δείκτη ιξώδους (Viscosity Index) του προσφερομένου από την συμμετέχουσα επιχείρηση «...» προϊόντος GEYSER ST 68, αναφέρεται στο τεχνικό φυλλάδιο ότι αυτός είναι VI>95, χωρίς όμως να προσδιορίζεται το ανώτερο όριο του. Επιπρόσθετα το προσφερόμενο από την επιχείρηση «...» λιπαντικό GEYSER ST 32, έχει την έγκριση BOSCH REXROTH RD 90220 και όπως φαίνεται από το επίσημο έγγραφο της προδιαγραφής το οποίο επισυνάπτεται (σελ. 8 και 9), ο δείκτης ιξώδους

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

(Viscosity Index) ενός εγκεκριμένου με αυτήν την προδιαγραφή λιπαντικού κατηγορίας 51524-HLP δηλαδή 51524-2 (PART II), είναι VI=100. Τέλος από την μελέτη απαιτείται υδραυλικό λιπαντικό με προδιαγραφές DENISON HF-0 & HF-2 και το προσφερόμενο από την επιχείρηση «...» λιπαντικό GEYSER ST 68, έχει μόνο την προδιαγραφή DENISON HF-0 και όχι την DENISON HF-2. Ως εκ τούτου το προσφερόμενο προϊόν GEYSER ST 68 δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης και μελέτης και επομένως πρέπει να θεωρηθεί απορριπτέο, **δ**) το προσφερόμενο από την συμμετέχουσα επιχείρηση «...» υδραυλικό λιπαντικό GEYSER ST 68, στο τεχνικό του φυλλάδιο, στις προδιαγραφές του αναφέρει ότι είναι σύμφωνα με το πρότυπο DIN 51524, κατηγορίας 51524-HLP δηλαδή 51524-2 (PART II) και όχι της κατηγορίας 51524-HVLP δηλαδή 51524-3 (PART III). Όσον αφορά τον δείκτη ιξώδους (Viscosity Index) του προσφερομένου από την συμμετέχουσα επιχείρηση «...» προϊόντος GEYSER ST 32, αναφέρεται στο τεχνικό φυλλάδιο ότι αυτός είναι VI>95, χωρίς όμως να προσδιορίζεται το ανώτερο όριο του. Σύμφωνα όμως με την διεθνή βιβλιογραφία (Lubricants and Lubrication. 2nd Ed. Edited by Th. Mang and W. Dresel Copyright _ 2007 WILEY-VCH Verlag GmbH & Co. KGaA, Weinheim) ένα υδραυλικό λιπαντικό με προδιαγραφή DIN 51524-2 (Part M - HLP) δεν μπορεί να φτάσει σε δείκτη ιξώδους 140, όπως απαιτείται για ένα υδραυλικό λιπαντικό με προδιαγραφή DIN 51524-3 (Part MI - HVLP). Επιπρόσθετα το προσφερόμενο από την επιχείρηση «...» λιπαντικό GEYSER ST 32, έχει την έγκριση BOSCH REXROTH RD 90220 και όπως φαίνεται από το επίσημο έγγραφο της προδιαγραφής το οποίο επισυνάπτεται (σελ. 8 και 9), ο δείκτης ιξώδους (Viscosity Index) ενός εγκεκριμένου με αυτήν την προδιαγραφή λιπαντικού κατηγορίας 51524-HLP δηλαδή 51524-2 (PART II), είναι VI=100. Τέλος από την μελέτη απαιτείται υδραυλικό λιπαντικό με προδιαγραφές DENISON HF-0 & HF-2 και το προσφερόμενο από την επιχείρηση «...» λιπαντικό GEYSER ST 32, έχει μόνο την προδιαγραφή DENISON HF-0 και όχι την DENISON HF-2. Ως εκ τούτου το προσφερόμενο προϊόν GEYSER ST 32 δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης και μελέτης και επομένως πρέπει να θεωρηθεί απορριπτέο και **ε**) το προσφερόμενο από την επιχείρηση «...» αντιψυκτικό MECH NOMARoz

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

CONCENTRATED δεν έχει την προδιαγραφή JIS K 2234, όπως απαιτείται από την διακήρυξη και μελέτη και κατά συνέπεια πρέπει να θεωρηθεί και αυτό απορριπτέο.

3. Επειδή ο αναθέτων φορέας με το υπ' αρ.πρωτ.3745/22-8-2018 έγγραφο απόψεών του ενώπιον της ΑΕΠΠ υποστηρίζει ότι : **α)** σε σχέση με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη (ουσιαστικός νόμος), η διαπίστωση εκ της Επιτροπής της συνδρομής των προϋποθέσεων που τάσσει η διακήρυξη, προσιδιάζει στην απόλυτη δέσμια αρμοδιότητα ως προς τη δράση της Διοίκησης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 9 και την παρ. 13 της διακήρυξης σε συνδυασμό με το υπ' αριθ. πρωτ. ΔΙΣΚΠΟ/Φ.15/11932 Σχετ. 10777 διευκρινιστικό έγγραφο της Διεύθυνσης σχέσεων κράτους πολίτη του Υπουργείου Διοικητικής Μεταρρύθμισης και ηλεκτρονικής διακυβέρνησης και με την αριθμ. πρωτ. ΔΙΣΚΠΟ/Φ.15/οικ.8342/1-4-2014 σχετική εγκύκλιό της (ΑΔΑ: ΒΙΗ0Χ-6ΥΖ), προκύπτει ότι εφόσον με τη διακήρυξη δεν είχε ρητά ζητηθεί να επικυρωθούν τα εξεταζόμενα έγγραφα από δικηγόρο, δεν δύνατο στο στάδιο της αξιολόγησης προσφορών να προβάλλει ο αναθέτων φορέας ως λόγο απόρριψης της προσφοράς την έλλειψη επικύρωσης. **β)** Σχετικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η υπεύθυνη δήλωση, που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν αποτέλεσε δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό, δεν ζητήθηκε σε κανένα στάδιο η υποβολή της και δε δύναται να αξιολογηθεί η απουσία της. Αντιθέτως, μόνον στην πλατφόρμα του διαγωνισμού, στην σύνταξη της τεχνικής προσφοράς του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. έχει συμπληρωθεί από τη ... να συμπληρωθεί στο πεδίο «τεχνικές προδιαγραφές» απάντηση «ΝΑΙ» στην τοποθέτηση «Σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης». Στην τεχνική προσφορά, όπως αυτή παράχθηκε από το σύστημα, υπογράφηκε ψηφιακά από τον οικονομικό φορέα ... και συμπεριλήφθηκε στην προσφορά ορθώς και προσηκόντως. **γ)** Σχετικά με τους τρίτο, τέταρτο και πέμπτο λόγους προσφυγής, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι: Σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τεχνικής μελέτης του διαγωνισμού για τα δημοπρατούμενα προϊόντα υπ. αριθ. 7,8, ήτοι Λάδι υδραυλικό SHM 68 και Λάδι υδραυλικό SHM 32 αντίστοιχα απαιτούνται οι

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

εξής προδιαγραφές : Το ζητούμενο στις κατηγορίες των υδραυλικών ήταν εγκρίσεις και όχι απλά προδιαγραφές ως ένα αυστηρότερο κριτήριο διασφάλισης της ποιότητας των λιπαντικών και συνεπώς αυξημένης απόδοσης (είτε βάση φθοράς στα μηχανήματα που εφαρμόζονται καθώς και στην μείωση του διαστήματος αλλαγής) , στους τύπους των μηχανημάτων που διαθέτει η ... Οι εγκρίσεις των προσφερόμενων προϊόντων πληρούν τις προϋποθέσεις. Ως προς την επίδοση των συγκεκριμένων ειδών, ως προς το τεχνικό μέρος αυτά τηρούν τις προδιαγραφές για προστασία από διάβρωση, οξείδωση και φθορά σε υδραυλικά συστήματα με απαιτήσεις υψηλών πιέσεων. Ο συνδυασμός των παραπάνω μαζί με τα ιξώδη που ζητούνται (68,32) ικανοποιεί τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τεχνικής μελέτης του διαγωνισμού για το ζητούμενο προϊόν υπ. αριθ.-18- , ήτοι Αντιψυκτικό καθαρό απαιτούνται οι παρακάτω προδιαγραφές : Οι προδιαγραφές βάσει προτύπων ASTM , SAE , BS κτλ που ζητούνται έχουν βάση σύγκρισης το πρότυπο BS 6850 που ισχύει για την Ελλάδα, οπότε προφανώς και το JIS K 2234 που είναι το Ιαπωνικό στάνταρ συμπίπτει πλήρως ως προς την απόδοση του με το αντιψυκτικό που έχει προσφερθεί.

4. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει των οικείων με αρ. 1014 και 1077/2018 Πράξεων του Προέδρου του.

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ η προσφεύγουσα χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από το νόμιμο εκπρόσωπό της. Η δε προσφεύγουσα έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως προσφυγής, αφού, με την ιδιότητα της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας, κατετάγη δεύτερη σε σειρά μειοδότη και ως εκ τούτου συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση σε αυτήν της συγκεκριμένης

συμβάσεως, αφού εάν αποκλεισθεί ο έτερος συμμετέχων στο διαγωνισμό, τότε θα αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της σχετικής σύμβασης.

6. Επειδή όσον αφορά στον πρώτο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής, σχετικά με την έλλειψη επικύρωσης των υποβληθέντων δέκα (10) δικαιολογητικών τεχνικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Ειδικότερα κατά το άρ. 102 παρ. 1-4 Ν. 4412/2016, που επαναλαμβάνονται αυτούσιοι στον άρθρο 12 της διακήρυξης, ορίζεται ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφιών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. 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, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.". Κατά τα ανωτέρω, (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208, 231 και 253/2017) κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν διάθεσή της από την αναθέτουσα, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε 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

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). 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 οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία 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 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 ιδιαίτερα 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. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας όπως αυτή εφαρμόζεται δια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 στην κρίση περί θεραπευσίμου πλημμελειών των προσφορών, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας επί των οποίων λαμβάνουν χώρα, η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

όρων της διακήρυξης, όπως και το αντικείμενο, έγγραφο, δικαιολογητικό επί του οποίου το σφάλμα έλαβε χώρα, της τυχόν περιπλοκότητας συντάξεώς του, του πλήθους των πληροφοριών που περιλαμβάνει, του μεγάλου μεγέθους του, της αποδεικτικής του σημασίας ως προς τη συνολική διαδικασία, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά συγκροτήματος και ενότητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω το γεγονός ότι και τα δέκα (10) δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς, που κατέθεσε ο προσφεύγων ήταν όλα χωρίς επικύρωση δεν συνιστά επουσιώδη, αλλά ουσιώδη πλημμέλεια, άλλως έλλειψη, μη δυνάμενη να αναπληρωθεί με εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 ν.4412/2016. Τυχόν περί αντιθέτου υιοθέτηση της άποψης ότι μια προσφορά νομίμως υποβάλλεται χωρίς καμία επικύρωση των αναγκαίων αποδεικτικών εγγράφων αυτής, αλλά ακολούθως με διευκρινίσεις θα συμπληρώνεται η επικύρωσή τους, κείται εκτός θεσμικού πλαισίου του ν.4412/2016 και θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και τη τυπικότητας των όρων της διακήρυξης. Και βέβαια είναι εντελώς διαφορετικό το γεγονός ότι για έναν υποψήφιο, ο οποίος έχει υποβάλλει προσφορά για π.χ. 100 διαφορετικά είδη και έχει καταθέσει 100 τεχνικά φυλλάδια, εκ των οποίων ένα και μόνο εκ των 100 δεν φέρει νόμιμη επικύρωση, τότε νομίμως κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 ν.4412/2016 και της αρχής της αναλογικότητας, κρίθηκε η έλλειψη αυτή επουσιώδης και άρα δυνάμενη να αναπληρωθεί (βλ. απόφαση 642/2018 ΑΕΠΠ), χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων.

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

Κατά συνέπεια πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος αυτός ο λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου κατά τα προδιαληφθέντα.

7. Επειδή όσον αφορά στο δεύτερο λόγο της ασκηθείσας προσφυγής και δη την έλλειψη υπεύθυνης δήλωσης για την απόδειξη της ακρίβειας των στοιχείων που περιλαμβάνονται στα υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια, δεν αποτέλεσε δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό, ούτε ζητήθηκε σε κάποιο στάδιο η υποβολή της, όπως βάσιμα υποστηρίζει και ο αναθέτων φορέας. Αντιθέτως, μόνον στην πλατφόρμα του διαγωνισμού, στην σύνταξη της τεχνικής προσφοράς του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. έχει συμπληρωθεί από τη ... να συμπληρωθεί στο πεδίο «τεχνικές προδιαγραφές» απάντηση «ΝΑΙ» στην τοποθέτηση «Σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης». Στην τεχνική προσφορά, όπως αυτή παράχθηκε από το σύστημα, υπογράφηκε ψηφιακά από τον οικονομικό φορέα «...» και συμπεριλήφθηκε στην προσφορά ορθώς και προσηκόντως. Κατά συνέπεια αβάσιμος τυγχάνει ο σχετικός λόγος προσφυγής.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο και τον τέταρτο λόγο της προσφυγής που αμφότεροι αφορούν, ο πρώτος για το ζητούμενο είδος 7 και ο δεύτερος για το ζητούμενο είδος 8, το προϊόν GEYSER ST 32 που προσφέρεται από τον έτερο διαγωνιζόμενο για αμφότερα τα ως άνω ζητούμενα είδη και δη την έλλειψη αφενός της προδιαγραφής DIN 51524-3 αντί της DIN 51524-2 που το προϊόν διαθέτει, αφετέρου της προδιαγραφής DENISON HF-2, ενώ διαθέτει μόνο την DENISON HF-0, όσο και για τον πέμπτο λόγο της προσφυγής που αφορά το προϊόν MECH NOMAROSZ CONCENTRATED για το ζητούμενο είδος 18 της διακήρυξης, δεν έχει την προδιαγραφή JIS K 2234, όπως απαιτείται από την διακήρυξη και μελέτη και κατά συνέπεια πρέπει να θεωρηθεί και αυτό απορριπτέο, προκύπτει ότι κατ' άρ. 54 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3 [με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, ... σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, ..., κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον*

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

όρο ή «ισοδύναμο»,»], δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές.». Εντός των ως άνω ισοδυνάμων τρόπων πλήρωσης των προδιαγραφών που διατυπώνονται με παραπομπή σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, όπως εν προκειμένω, συγκαταλέγονται και οι τυχόν άλλες κοινές τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες τυχόν πληρούνται και το αποδεικτικό αντικείμενο των οποίων καλύπτει τυχόν το ζητούμενο των απαιτούμενων καταρχήν κοινών τεχνικών προδιαγραφών. Τούτο δύναται να συμβεί και όταν από τη διακήρυξη απαιτούνται δύο σωρευτικές προδιαγραφές, εκ των οποίων όμως η μία καλύπτει ή υπερκαλύπτει το αποδεικτικό αντικείμενο, ήτοι αποδεικνύει τεχνικά χαρακτηριστικά, που αφορά η άλλη, δηλαδή σε περιπτώσεις που η μία εκ των δύο σωρευτικά απαιτούμενων προδιαγραφών είναι υπέρτερη ή υπερκαλύπτει τη δεύτερη, με αποτέλεσμα η κατοχή της να καλύπτει αυτόθροα και τη δεύτερη, οπότε η απόδειξη της δεύτερης καλύπτεται και επέρχεται ήδη με την απόδειξη της πρώτης. Πολλώ δε μάλλον, εν προκειμένω ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ούτε ότι η προδιαγραφή JIS K 2234 δεν καλύπτεται από άλλες προδιαγραφές που καλύπτει το οικείο προϊόν του έτερου διαγωνιζομένου ούτε ότι η προδιαγραφή DENISON HF-2 δεν καλύπτεται από την HF-0. Συγχρόνως δε, ναί μεν η προδιαγραφή DIN 51524-3 αφορά προϊόντα με ιξώδες μεγαλύτερο του 140 και εν προκειμένω το προσφερθέν από τον έτερο διαγωνιζόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή DIN 51524-2 που αφορά προϊόντα με ιξώδες μεγαλύτερο του 80-100, άρα μεγαλύτερο του 80, διαθέτει δε ειδικότερα ιξώδες μεγαλύτερο του 95. Πλην όμως, και πάλι εφόσον το ιξώδες του προσφερόμενου προϊόντος είναι μεγαλύτερο του 95 και η προδιαγραφή που πληροί πιστοποιεί ιξώδες μεγαλύτερο του 80, δεν αποκλείεται άνευ ετέρου η δυνατότητα ιξώδους μεγαλύτερου του 140 (αφού ό,τι είναι μεγαλύτερο του 95 ενδέχεται να φθάνει σε οποιαδήποτε προς τα

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

άνω τιμή και άρα να είναι μεγαλύτερο του 140). Συνεπώς, όσον αφορά και τους τρεις ως άνω λόγους της προσφυγής, ναι μεν ορθώς ο προσφεύγων επικαλείται ότι δεν προκύπτει από τα τεχνικά φυλλάδια του έτερου διαγωνιζομένου, κάλυψη των οικείων προδιαγραφών που αφορά η προσφυγή, από την άλλη πλευρά όμως, δεν προκύπτει και άνευ ετέρου μη κάλυψή τους έστω και κατ' ισοδύναμο τρόπο. Επομένως, βασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου ως προς τα οικεία ανωτέρω τμήματα 7, 8 και 18, καθώς όντως προκύπτει ασάφεια της τεχνικής προσφοράς ως προς την πλήρωση των ζητούμενων προδιαγραφών, η οποία έπρεπε να αρθεί κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 με κλήση του έτερου διαγωνιζομένου για διευκρινίσεις και προσκόμιση τυχόν λεπτομερέστερων στοιχείων ως προς την εκ μέρους του πλήρωση των ως άνω ανά τμήμα προδιαγραφών ή εξέταση των ήδη πληρούμενων προδιαγραφών περί τυχόν ισοδυναμίας τους με τις ζητούμενες ανωτέρω που δεν καλύπτονται ρητά. Η δε αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος παρέλειψε τα ανωτέρω και άνευ τούτων κατέληξε στην αποδοχή του έτερου διαγωνιζομένου και συνεπώς και κατ' αυτό το σκέλος κατά εν μέρει αποδοχή του τρίτου, τέταρτου και πέμπτου λόγου της προσφυγής, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα. Πλην όμως είναι απορριπτέο το περαιτέρω αίτημα του προσφεύγοντος για άνευ ετέρου αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου (και προς τούτο οι ως άνω λόγοι του είναι εν μέρει και όχι εν όλω δεκτοί), βάσει των οικείων ως άνω διαπιστώσεων, οι οποίες συνιστούν εν τέλει ασάφειες περί πλήρωσης των απαιτήσεων της διακήρυξης και όχι αυτές καθαυτές ελλείψεις (αφού η ύπαρξη έλλειψης προϋποθέτει αποσαφήνιση, η οποία δεν έλαβε χώρα κατά παράλειψη της αναθέτουσας), δεδομένου ότι αυτές οι διαπιστώσεις καθιστούν μεν ακυρωτέα την άνευ ετέρου αποδοχή του έτερου διαγωνιζομένου, όχι όμως αυτόν αυτόθροα και άνευ ετέρου αποκλειστέο, αλλά οδηγούν σε αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα προς άρση της οικείας παράλειψής της, ήτοι της ασκήσεως της κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ζήτησης διευκρινίσεων περί αποσαφηνίσεως, η οποία ζήτηση διευκρινίσεων, υποχρεωτικώς κατά την ως άνω διάταξη προηγείται του

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

όποιου τυχόν περαιτέρω αποκλεισμού. Πλην όμως, δεδομένου ότι εν προκειμένω και κατά αποδοχή ήδη του πρώτου λόγου της προσφυγής, είναι ούτως ή άλλως άνευ ετέρου αποκλειστέος ο πρώτος διαγωνιζόμενος βάσει της εκεί διαγνωσθείσας αυτοτελούς βάσης αποκλεισμού του που μόνη της αρκεί για την απόρριψη της προσφοράς του, η ως άνω αναπομπή δεν δύναται να λάβει χώρα και παρέλκει η διαταγή της, η δε εν μέρει αποδοχή του τρίτου, τέταρτου και πέμπτου λόγου της προσφυγής στερείται εννόμου αποτελέσματος (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 173 και 667/2018).

9. Επειδή συνεπεία όλων των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η εξεταζόμενη προσφυγή, δεδομένου ότι και δια μόνης της αποδοχής του πρώτου λόγου της καθίσταται ακυρωτέα η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτό τον έτερο διαγωνιζόμενο «...», καθώς η ως άνω διαγνωσθείσα, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου, πλημμέλεια της προσφοράς του τελευταίου και μόνη της αρκούσε άνευ ετέρου για τον αποκλεισμό του. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα «...» για την προμήθεια λιπαντικών.

10. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού 600,00€ ευρώ, που η προσφεύγουσα κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 217/2018 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για την προμήθεια λιπαντικών.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ στον προσφεύγοντα.

Αριθμός Απόφασης: 773/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-9-2018 και εκδόθηκε στις 24-9-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ