

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 20 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (Τμήμα Α2' Ακυρωτικό) με αριθμό/2022, την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 4/8/2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1106/05-08-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ΔΗΜΟΥ ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ...,, και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../...2022, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας στον διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού για την 3^η Ομάδα - Λιπαντικά, καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης των οργάνων της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία ποσού 57.178,00 ευρώ του τμήματος

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

της σύμβασης που αποτελεί αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής (κωδικός ηλεκτρονικού παράβολου:).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την «....» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.284.347,43 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Το συμβατικό αντικείμενο υποδιαιρείται σε τρία τμήματα: 1η Ομάδα -Πετρέλαιο κίνησης και Βενζίνη αμόλυβδη (καύσιμα κίνησης), 2η Ομάδα - Πετρέλαιο θέρμανσης, 3η Ομάδα – Λιπαντικά, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες, υπό την προϋπόθεση ότι η προσφορά τους θα περιλαμβάνει το σύνολο των αναφερόμενων ειδών ανά ομάδα. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις/2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις, καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός, με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών συμμετοχής στο διαγωνισμό η 23-5-2022.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά για την 3^η Ομάδα τρεις (3) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η Με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 επικυρώθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, απορρίφθηκε η προσφορά της λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού της σύμβασης, έγιναν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης για την 3^η Ομάδα η παρεμβαίνουσα, ως μειοδότης. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022, στην οποία ενσωματώνεται η προαναφερθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού για την 3^η Ομάδα στην παρεμβαίνουσα. Η προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης, καθώς επίσης και η προηγηθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και τα πρακτικά του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκαν

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

στους ενδιαφερόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις .../2022.

4. Κατά των παραπάνω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ την ήδη κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, για την οποία δεν εκδόθηκε απόφαση της Αρχής εντός των νόμιμων προθεσμιών. Το Διοικητικό Εφετείο ... (Τμήμα Α2' Ακυρωτικό), ενώπιον του οποίου άσκησε αίτηση ακύρωσης η προσφεύγουσα, ακύρωσε τη σιωπηρή απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής με την απόφασή του με αριθμό .../2022 και ανέπεμψε την υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ για νόμιμη κρίση. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση του Δικαστηρίου εξετάζεται η προδικαστική προσφυγή από το παρόν Κλιμάκιο.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, επικαλούμενη βλάβη από την αποδοχή της μη νόμιμης, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την μη κατακύρωση σε αυτήν του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την 3^η Ομάδα.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 9/8/2022, υπέβαλε απόψεις της επ' αυτής στις 22/8/2022 και συμπληρωματικά υπομνήματα στις 24/8/2022.

7. Η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση στις 18/8/2022 νόμιμα, εμπρόθεσμα και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλεται λόγος απόρριψης της προσφοράς της.

8. Με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα, διότι το προσφερόμενο προϊόν για το είδος 19 – Λάδι υδραυλικού τιμονιού της 3^{ης} Ομάδας δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης το είδος 19 της 3^{ης} Ομάδας της Διακήρυξης, ήτοι το έλαιο υδραυλικού τιμονιού ATF, έπρεπε, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, να διαθέτει προδιαγραφές/επίπεδο ποιότητας API SQ/SH/CE/CF-4, καθώς επίσης και έγκριση από το Γενικό Χημείο του Κράτους. Κατά τους ισχυρισμούς της, το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα προϊόν δεν πληροί τις προαναφερθείσες προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

της Διακήρυξης, ενώ δεν προσκομίστηκε και η αντίστοιχη έγκριση του Γενικού Χημείου του Κράτους.

9. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα ανωτέρω ότι το προσφερόμενο προϊόν δεν θα μπορούσε να πληροί τις προδιαγραφές API SQ/SH/CE/CF-4, διότι αυτές δεν αφορούν σε έλαιο υδραυλικών τιμονιών ATF, αλλά σε λιπαντικά κινητήρα. Κατά τους ισχυρισμούς της, οι προδιαγραφές αυτές τέθηκαν εκ παραδρομής από την αναθέτουσα αρχή για το συγκεκριμένο προϊόν. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι λόγω της θέσπισης τεχνικών προδιαγραφών που δεν μπορούν να αντιστοιχούν στο απαιτούμενο είδος η Διακήρυξη παρουσίαζε ασάφεια, εξαιτίας της οποίας δεν μπορεί να απορριφθεί η προσφορά της. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι δεν εκδίδεται έγκριση για την κυκλοφορία λαδιών υδραυλικών τιμονιών από το Γενικό Χημείο του Κράτους και, ως εκ τούτου, δεν είχε υποχρέωση να προσκομίσει έγκριση με την προσφορά της. Εξάλλου, κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα προσέφερε για το Είδος 19 το προϊόν ... με προδιαγραφές: API CF, CF-2, SJ, ACEA E2, MAN 270, MB 228.0, Allison C-4, MTU Cat. 1, Caterpillar TO-2, ήτοι προδιαγραφές που δεν συνάδουν με λιπαντικό υδραυλικού τιμονιού ATF DII και, επιπρόσθετα, δεν αντιστοιχούν στις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Η παρεμβαίνουσα καταλήγει ότι, εφόσον η Επιτροπή Διαγωνισμού έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρείας ..., η οποία ως προς το προϊόν με αριθμό 19 δεν διέθετε τις απαιτούμενες από την οικεία μελέτη προδιαγραφές, ορθώς έκανε δεκτή και την δική της τεχνική προσφορά που δεν μπορούσε να διαθέτει τις προδιαγραφές της Διακήρυξης εξαιτίας της ασάφειας των οικείων όρων. Τέλος, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει να διασαφηνίσει τον λόγο για τον οποίο το προσφερόμενο είδος ήταν το απαιτούμενο από την Διακήρυξη, αλλά δεν έφερε τις αναφερόμενες σε αυτή προδιαγραφές.

10. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη το Είδος 19 της 3^{ης} Ομάδας της σύμβασης (Λιπαντικά) έπρεπε να διαθέτει τις προδιαγραφές API SQ/SH/CE/CF-4.

11. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, πριν τη διενέργειά του, δύο οικονομικοί φορείς ζήτησαν διευκρινίσεις σχετικά με τη συγκεκριμένη προδιαγραφή. Συγκεκριμένα, στις 13/5/2022 η υπέβαλε ερώτημα με το εξής περιεχόμενο: «Στο παράτημα I της ανωτέρω διακήρυξης, .../2022 ΜΕΛΕΤΗ, στο πίνακα 4* ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ στο είδος Α/Α 19 , ΛΑΔΙ

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

ΥΔΡΑΥΛΙΚΟΥ ΤΙΜΟΝΙΟΥ ATF αναφέρονται οι προδιαγραφές DII-DII & API SQ/SH/CE/CF-4. Οι προδιαγραφές DII-DII παραπέμπουν στην GM DEXRON IID. Οι προδιαγραφές API SQ/SH/CE/CF-4 εφαρμόζονται σε λιπαντικά τετράχρονων κινητήρων εσωτερικής καύσης και όχι σε λιπαντικά αυτοματοκιβωτίων ταχυτητων ATF. Παρακαλώ όπως μας ενημερώσετε ποιες προδιαγραφές πρέπει να πληροί το συγκεκριμένο είδος. Στο φύλλο συμμόρφωσης της μελέτης και συγκεκριμένα στην ενότητα 2.ε αναφέρεται ότι 'Τα λιπαντικά θα διαθέτουν πιστοποιητικό API, ACEA κλπ *', όπου ' *Όπως αναλυτικά ορίζονται στην σχετική μελέτη της διακήρυξης'. Στη μελέτη όμως δεν υπάρχει καμία αναφορά ούτε σε προδιαγραφές ούτε σε συγκεκριμένα πιστοποιητικά που θα πρέπει να προσκομισθούν. Παρακαλώ όπως μας ενημερώσετε για ποια προϊόντα και ποιες προδιαγραφές ζητείται προσκόμιση πιστοποιητικών». Στις 19/5/2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε την εξής παρατήρηση: «Στο προϊόν με α/α 19 ζητείται: ΛΑΔΙ ΥΔΡΑΥΛΙΚΟΥ ΤΙΜΟΝΙΟΥ ATF (DII-DII) API SQ/SH/CE/CF-4. Σύμφωνα με το έγγραφο που σας καταθέσαμε από την επίσημη ιστοσελίδα της API η προδιαγραφή κατά API SQ δεν υπάρχει και ότι είναι τυπογραφικό λάθος της μελέτης». Από τον φάκελο του διαγωνισμού δεν προκύπτει και κανένα από τα μέρη της διαφοράς δεν επικαλείται ότι η αναθέτουσα αρχή ανταποκρίθηκε στα ανωτέρω έγγραφα, με αποτέλεσμα τα ερωτήματα για το επίμαχο είδος της Διακήρυξης να παραμείνουν αναπάντητα.

12. Από τα παραπάνω στοιχεία προκύπτει ότι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η Διακήρυξη παρουσιάζει αντίφαση, η οποία καθιστά τον οικείο όρο ασαφή, διότι απαιτεί μεν την προμήθεια του Είδους 19, ήτοι λαδιού υδραυλικού τιμονιού ATF, αλλά αναγράφει προδιαγραφές που αφορούν σε λιπαντικά κινητήρα και δεν μπορούν να εφαρμοστούν στο συγκεκριμένο υπό προμήθεια είδος. Ακόμη δε και η ίδια η προσφεύγουσα είχε επισημάνει σφάλμα του επίμαχου όρου με το προαναφερθέν έγγραφό της προ της διενέργειας του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή, ενώ οχλήθηκε σχετικά, όπως προαναφέρθηκε, παρέλειψε να άρει την ανωτέρω ασάφεια. Η δε συγκεκριμένη αντίφαση ήταν πρόσφορη να δημιουργήσει σύγχυση στους οικονομικούς φορείς, πράγμα που επιβεβαιώνεται από την έκβαση του διαγωνισμού, καθόσον, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο, κανένας από τους προσφέροντες δεν μπόρεσε να υποβάλει προσφορά για το

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

Είδος 19 της 3^{ης} Ομάδας με τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη χαρακτηριστικά, αφού: α) η προσφεύγουσα προσέφερε το προϊόν ... που αποτελεί λιπαντικό κινητήρων (και όχι υγρό ATF) με προδιαγραφές API CF, CF-2, SJ; ACEA E2; MAN 270; MB 228.0; Allison C-4; MTU Cat. 1; Caterpillar TO-2, χωρίς αναφορά σε έγκριση από το ΓΧΚ, β) η παρεμβαίνουσα προσέφερε λάδι ATF, ήτοι το προϊόν ... με προδιαγραφές GM DEXRON III II, Ford Mercon, Daimler MB 236 1, 236.5 GM, ALLISON C 4, VOITH 5 5 .635, ZF TE ML 14A, CATERPILLAR TO 2, MAN 339 TYPE D, χωρίς αναφορά σε έγκριση από το ΓΧΚ και γ) η ... προσέφερε λάδι ATF, ήτοι το προϊόν ... με προδιαγραφές GM Dexron IIIG, Dexron IID; Allison C-4, Ford Mercon®, MB 236.1, MB 236.5, MB 236.6, MB 236.7, MB 236.9; Voith 55.6335; ZF TE-ML 02F, 03D, 04D, 14A, 17C; Caterpillar TO-2; MAN 339 Type Z-1, 339 Type Z-2, 339 Type V-1, 339 Type V-2, Suitable: Volvo 97340, 97341, χωρίς αναφορά σε έγκριση από το ΓΧΚ.

13. Με τα ανωτέρω δεδομένα και ενόψει της αρχής της διαφάνειας, η οποία διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων και επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να διατυπώνει με σαφήνεια τους όρους της Διακήρυξης (πρβλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 20.9.1988, Beentjies, σκ. 22, και της 18.10.2001, Siac Construction, σκ. 41, 42), η προαναφερθείσα ασάφεια της Διακήρυξης δεν μπορεί να αντιταχθεί στους προσφέροντες. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η οποία έχει προσφέρει λάδι ATF, με προδιαγραφές διαφορετικές από τις αναγραφόμενες στη Διακήρυξη που όμως, όπως προαναφέρθηκε και συνομολογούν όλα τα μέρη της διαφοράς, δεν εφαρμόζονται στο προϊόν αυτό, αλλά σε λιπαντικά κινητήρων, η ασάφεια του επίμαχου όρου της Διακήρυξης δεν μπορεί να αποβεί σε βάρος της και να οδηγήσει στον αποκλεισμό της (πρβλ. ΣΤΕ 1566/2022, σκ. 18, ΣΤΕ 1725/2010), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

14. Επειδή, ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Σ121/2023

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 23 Ιανουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ