

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 14^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 04.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 646/05.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία Δήμος ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../21.04.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. .../31.03.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής), με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό Νο 3 περί ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΕΤΩΝ 2023-2024», εκτιμώμενης αξίας 61.640,00 €, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: Λιπαντικά, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αρ. πρωτ. .../20.02.2023 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 04.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 646/05.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../21.04.2023 πράξη της Ο.Ε. της αναθέτουσας αρχής, με θέμα: *«Έγκριση πρακτικού Νο 3 Αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού που αφορά στην «Προμήθεια λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου ... ετών 2023-24»*— στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ .../2023 απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με θέμα: *«Έγκριση πρακτικών Νο 1 & Νο 2 Αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών και οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού που αφορά στην «Προμήθεια λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου ... ετών 2023-24»*— αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 26.04.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του

αποκλεισμού της και κατά της προσφοράς δύο ανταγωνιστών της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως: α) απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι το εκ μέρους της προσφερόμενο για το είδος με α/α 15 προϊόν δεν πληροί τις προδιαγραφές της οικείας μελέτης, β) μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» (μειοδότης) ως προς τα είδη με α/α 11 και 15, διότι προσέφερε προϊόν «...» και όχι το προϊόν «...», ως ζητείται στη μελέτη της διακήρυξης και γ) η ήδη απορριφθείσα προσφορά του οικονομικού φορέα «...» θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και για τους εξής πρόσθετους λόγους: i) για το είδος με α/α 14 προσέφερε το προϊόν «...», το οποίο είναι έτοιμο για χρήση, δηλαδή είναι διαφορετικό από το ζητούμενο (πυκνό προς αραίωση) προϊόν, ii) στο υποβληθέν για το είδος με α/α 14 τεχνικό φυλλάδιο γίνεται αναφορά σε δύο διαφορετικά προϊόντα, ήτοι, σε υδραυλικό υγρό και σε υγρό φρένων τύπου DOT, χωρίς ωστόσο να ζητηθούν σχετικές διευκρινίσεις, καθώς δεν είναι δυνατόν ένα προϊόν με προδιαγραφές υδραυλικού υγρού να πληροί συγχρόνως και τις προδιαγραφές ενός υγρού φρένων τύπου DOT και iii) για το είδος με α/α 19 δεν υπέβαλε τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας EN ISO 19001:2008 (ή 2015) και 14001:2008 (ή 2015), για την μονάδα παραγωγής των προς προμήθεια προϊόντων.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (16.05.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 06.05.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../16.05.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στις 19.05.2023, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμος αποκλεισμός της προσφεύγουσας. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρόλο που με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι: «.. παρουσιάζει απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές στα εξής σημεία: για το είδος α/α 15 ... για οχήματα ..., το προαναφερόμενο προϊόν δεν καλύπτει την προδιαγραφή JCB ... και σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της διακήρυξης δεν γίνεται αποδεκτή.», εντούτοις, το προσφερόμενο προϊόν είναι απολύτως αξιόπιστο και πληροί τις τεθείσες προδιαγραφές. Ως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στην με αριθμό ...22.12.2022 μελέτη, πλέον των διεθνών προδιαγραφών, όπως API, ACEA για τα λιπαντικά μηχανών εσωτερικής καύσης και των λοιπών λιπαντικών και των προδιαγραφών των κατασκευαστών οχημάτων (MB, MAN), για ορισμένα είδη αναγράφονται και κωδικοί προϊόντων της εταιρείας «...», οι οποίοι, όμως, δεν αποτελούν προδιαγραφές αλλά θεωρούνται ενδεικτικοί τύποι (π.χ. για τα είδη με α/α 15, 16, 18 του διαγωνισμού). Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, τούτο επιβεβαιώνεται και από τον σύνδεσμο [http:// www. ...pdf](http://www. ...pdf), στον οποίο περιλαμβάνεται φυλλάδιο των προϊόντων της εταιρείας «...», από το οποίο προκύπτει π.χ ότι οι κωδικοί 4000/2500, 4000/0300, 4007/1000 κλπ είναι κωδικοί προϊόντων της ως άνω εταιρείας και όχι προδιαγραφές. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι: i) στα τεχνικά φυλλάδια του εκ μέρους της προσφερόμενου προϊόντος αναγράφονται - εντός παρενθέσεως - οι ζητούμενοι κωδικοί προϊόντων, ώστε να γνωρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι τα προσφερόμενα είδη είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις του ζητούμενου ενδεικτικού τύπου προϊόντος και ii) το προσφερόμενο προϊόν «...» είναι χημικό διάλυμα ουρίας, το οποίο φέρει τα ίδια χαρακτηριστικά με το αντίστοιχο προϊόν της ... και το οποίο - όπως βεβαιώνει και η εταιρεία παραγωγής «...» - είναι κατάλληλο για χρήση στα οχήματα τα οποία είναι εφοδιασμένα με σύστημα επεξεργασίας καυσαερίων SCR (Selective Catalytic Reduction-

επιλεκτική καταλυτική αναγωγή) και iii) η οικεία αναθέτουσα αρχή είχε την δυνατότητα να ζητήσει διευκρινίσεις για το συγκεκριμένο προϊόν, βάσει του άρθρου 102 του ν.4412/2016, ιδίως αφού η προσφορά της ήταν πρώτη σε σειρά μειοδοσίας, με βάση το κριτήριο ανάθεσης.

Β) Στην οικεία μελέτη ορίζεται ότι: «... *ΕΙΔΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ* τα προσφερόμενα λιπαντικά και υγρά θα πρέπει να πληρούν και να υπερκαλύπτουν τις παρακάτω τεχνικές προδιαγραφές: *A/A Περιγραφή Είδους Καλύψεις /Εγκρίσεις 1 Λιπαντικό Βενζινοκινητήρα ... ACEA : A3/B4, API : SM/CF 15 Ad Blue για οχήματα JCBISO 22241-1 JCB STD 4007/1000 Όλες οι ζητούμενες προδιαγραφές και εγκρίσεις για κάθε είδος θα πρέπει να τηρούνται συγχρόνως. Αν το προσφερόμενο είδος έχει περισσότερες ή ανώτερες προδιαγραφές ποιότητας από τις ζητούμενες, είναι αποδεκτό. Τα ζητούμενα ελαιολιπαντικά θα πρέπει να έχουν καταχωρισθεί σε κατάλογο που τηρεί η Δ/ση Πετροχημικών του Γενικού Χημείου του Κράτους. Η εγγραφή στον κατάλογο θα αποδεικνύεται με την κατάθεση μαζί με τις τεχνικές προσφορές του σχετικού εγγράφου που θα εκδίδεται από το Γ.Χ.Κ ... Η προσφορά θα συμπεριλαμβάνει όλες τις κατηγορίες των λιπαντικών και για το σύνολο των ποσοτήτων επί ποινή αποκλεισμού... Οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να προσκομίσουν για κάθε ζητούμενο προϊόν μαζί με την προσφορά τους: Έγγραφα-Τεχνικά φυλλάδια, από τα οποία θα προκύπτει η συμφωνία με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της τεχνικής περιγραφής. Έγγραφο καταχώρησης των λιπαντικών στον κατάλογο του Γενικού Χημείου του Κράτους (Γ.Χ.Κ.).». Περαιτέρω, στο με αριθμ. πρωτ. .../01.03.2023 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής προβλέπεται ότι: «Α. Η συμφωνία με τις απαιτούμενες προδιαγραφές αποδεικνύεται με τα αναγραφόμενα στο τεχνικό φυλλάδιο χαρακτηριστικά του προϊόντος, εφόσον όλα περιέχονται σε αυτό, είτε και με άλλα έγγραφα όπως επίσημο έγγραφο της εταιρίας παραγωγής.».*

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται ότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η επίμαχη προδιαγραφή «JCBSTD 4007/1000» αποτελεί εν τοις πράγμασι υποχρεωτικό όρο της διακήρυξης, αφού η χρήση της λέξης «standard» («STD») στην οικεία μελέτη, που σημαίνει πρότυπο, υποδηλώνει τη σημασία του υποχρεωτικού αυτού όρου, χωρίς να τίθεται καμία αμφιβολία περί της θέσης του ως προδιαγραφής, όσο και περί της απαίτησης

πλήρωσής του επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, εν προκειμένω, κρίνονται βάσιμες οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής, κατά τις οποίες, στο φυλλάδιο της εταιρείας «...», τον οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα, παραθέτοντας και τον σχετικό σύνδεσμο (... pdf), υπάρχει σαφής αναφορά στα standards του ως άνω κατασκευαστή και πιο συγκεκριμένα στη σελίδα 3 αναφέρεται ότι: *«τα πρότυπα (standard) της ... καθορίζουν επίπεδα απόδοσης και κριτήρια που πρέπει να πληρούνται, τα οποία υπερβαίνουν τα πρότυπα της βιομηχανίας πετρελαίου...»*. Περαιτέρω, στο ίδιο τεχνικό φυλλάδιο και σε κάθε προϊόν της εταιρείας, αναφέρεται το συγκεκριμένο «... standard» που πρέπει να πληρούται στην περίπτωση του προϊόντος «...», ήτοι, το επίμαχο standard 4007/1000 και στη συνέχεια, αναφέρονται οι κωδικοί του κάθε προϊόντος («PartNumber»). Για παράδειγμα, οι κωδικοί για το προϊόν «...» είναι οι εξής: 4007/1009, 4007/1008 και 4007/1003, ανάλογα με τη συσκευασία του προϊόντος.

Από τα ανωτέρω συνάγεται ευχερώς ότι οι ως άνω δύο (2) έννοιες, «... standard» και «Part Number» δεν είναι ταυτόσημες και ορθώς δεν θεωρήθηκαν ως τέτοιες από την επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επίσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι επειδή η, από 05.04.2023, βεβαίωση της εταιρείας παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος υποβλήθηκε το πρώτον ενώπιον της Αρχής με την παρούσα προσφυγή, δεν δύναται να ληφθεί νομίμως υπόψη προς απόδειξη πλήρωσης της επίμαχης προδιαγραφής («JCBSTD 4007/1000»), καθώς θα έπρεπε να είχε υποβληθεί με την προσφορά της.

Τέλος, ορθώς δεν ζητήθηκαν διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, προ του αποκλεισμού της, σύμφωνα με το άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, διότι εάν το προϊόν πληρούσε το επίμαχο πρότυπο, αυτό θα αναγραφόταν υποχρεωτικώς στο τεχνικό φυλλάδιο, όπως, άλλωστε, αναφέρεται σε όλα τα υπόλοιπα προϊόντα που προσφέρει η εν λόγω εταιρεία. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι, αφενός μεν, η προσφεύγουσα αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της εν θέματι διακήρυξης, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αφετέρου δε, δεν προβλέπεται στη μελέτη ότι το προϊόν θα πρέπει απλώς να φέρει τα ίδια χαρακτηριστικά με το αντίστοιχο προϊόν της «JCB», αλλά ζητείται σαφώς να

πληροί το πρότυπο «JCBSTD 4007/1000», ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της, δυνάμει του άρθρου 2.4.6 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της διακήρυξης, κατά το οποίο: *«Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] 1) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης»*. Συναφώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

●2^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς της «...» λόγω μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών των ειδών με α/α 11 (...) και 15 (... ΓΙΑ ΟΧΗΜΑΤΑ ...). Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η καθής η προσφυγή προσέφερε ως προς τα είδη με α/α 11 και 15 του διαγωνισμού το προϊόν με την ονομασία «...» το οποίο, όμως, δεν καλύπτει τις τεθείσες προδιαγραφές, διότι βάσει της οικείας μελέτης ζητείται σαφώς προϊόν «...». Ως δε χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα: *«... Η ονομασία ... για ένα χημικό διάλυμα ουρίας δίνεται σε ένα προϊόν μόνο εάν λάβει άδεια χρήσης του ονόματος ... από την VDA (Verband der Automobilindustrie), η οποία έχει θεσπίσει και πιστοποιεί την τήρηση του προτύπου ISO 22241. Ωστόσο, η εταιρεία ... προσέφερε το προϊόν ..., δηλαδή προϊόν με παρόμοιο ηχητικά όνομα, διαφορετική όμως ορθογραφία. Τούτο αποτελεί παραβίαση της νομοθεσίας για τα διακριτικά γνωρίσματα, είναι κλασική περίπτωση δουλικής απομίμησης (όπως για παράδειγμα ... αντί για ..., ... αντί για ... κ.ο.κ.). Τέτοιες πράξεις πέραν του ότι αποτελούν βαρύτατα πλημμελήματα (βλ. ν. 146/1914, ν. 4679/2020) παραπλανούν τον καταναλωτή και τις αναθέτουσες αρχές, εν προκειμένω, και φέρουν τον χαρακτήρα της αδικοπραξίας, γεννώντας αξιώσεις αποζημίωσης.[...] Επομένως, πρόκειται για προϊόν αμφιβόλου ποιότητας, καθώς δεν προκύπτει η τήρηση του προτύπου ISO 22241 το οποίο ωστόσο, εσφαλμένα δέχθηκε η επιτροπή του διαγωνισμού.»* Προς απόδειξη δε των σχετικών ισχυρισμών της, η εταιρεία επισυνάπτει στην προσφυγή της το έγγραφο της «VDA», στο οποίο αναγράφονται όλες οι εταιρείες παραγωγής «...» - οι οποίες κατόπιν ελέγχου από την VDA, έχουν λάβει έγκριση κυκλοφορίας για το συγκεκριμένο προϊόν - στο οποίο δεν υπάρχει καμία αναφορά στην εταιρεία «...».

- Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι από την επισκόπηση του τεχνικού φυλλαδίου που υπέβαλε στον διαγωνισμό - το οποίο ήταν και το μόνο ζητούμενο έγγραφο προς απόδειξη πλήρωσης των οικείων προδιαγραφών - αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι το προσφερόμενο προϊόν είναι κατάλληλο και σύμφωνο με τις ζητούμενες προδιαγραφές, η δε προσκόμιση λοιπών τεχνικών εγγράφων και καταλόγων εκ μέρους της προσφεύγουσας, προκειμένου η τελευταία δήθεν να αποδείξει την ακαταλληλότητα των υπό προμήθεια προϊόντων, παρίσταται αλυσιτελής, καθώς, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ως αυτοί περαιτέρω διευκρινίστηκαν από τον Δήμο, η πλήρωση των υποχρεωτικών προδιαγραφών θα πρέπει να αποδεικνύεται είτε από το τεχνικό φυλλάδιο, είτε από βεβαίωση της παραγωγικής εταιρείας.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως γίνεται παγίως δεκτό, η φύση της πρόσθετης παρέμβασης, συνίσταται στη διεύρυνση των υποκειμένων και όχι του αντικειμένου της προδικαστικής προσφυγής, που αποτελεί και αντικείμενο της κρίσης της Αρχής. Δηλαδή, η παρέμβαση οφείλει να περιορίζεται στους λόγους που προβάλλει η προσφεύγουσα και να τους αντικρούει, επιδιώκοντας την ισχύ της προσβαλλόμενης και όχι να εγείρει νομικά ή πραγματικά ζητήματα και τεχνικές κρίσεις που δεν έχουν εξεταστεί από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα (ΣτΕ 4484/2009, ΣτΕ Ολομ. 3717/1977) και δεν μπορεί να αντικρούσει ο προσφεύγων, διότι δεν προβλέπεται από τον νόμο, στο πλαίσιο της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής του από την Αρχή. Και τούτο, γιατί κείται εκτός των αντικειμενικών ορίων της ενώπιον του κλιμακίου διαδικασίας εξέτασής της, όπως αυτά προσδιορίζονται από τους προβαλλόμενους, δια της προσφυγής, νομικούς και πραγματικούς λόγους. Επομένως, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους η προσφορά της προσφεύγουσας θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και υπό το σκεπτικό ότι για το είδος με α/α 3 προσέφερε το προϊόν με την ονομασία «...», το οποίο δεν πληροί το σύνολο των επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, είναι προδήλως απαράδεκτοι.

- Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι επειδή, αφενός μεν, στο τεχνικό φυλλάδιο των προϊόντων με την εμπορική ονομασία «...» που υπέβαλε η καθής η προσφυγή αναγράφεται ότι πληρούνται όλες οι ζητούμενες προδιαγραφές, αφετέρου δε, ότι σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 4 του

ν.4412/2016 «οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός αν 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 ένα 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 επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, αντιλαμβανόμενη την χρήση της εμπορικής ονομασίας «...» ως ενδεικτική για την περιγραφή του ζητούμενου διαλύματος ουρίας 32,5% σε νερό για εφαρμογή σε μοντέλα εξοπλισμένα με τεχνολογία SCR, έκρινε ως αποδεκτά τα προσφερόμενα προϊόντα με την εμπορική ονομασία «...». Τέλος, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι ουδόλως όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις από την παρεμβαίνουσα επί του αναγραφόμενου στο υποβληθέν φυλλάδιο προτύπου «JCB standard 4006/1100», διότι αφορά σε διαφορετικό προϊόν και όχι στο ζητούμενο και η επιτροπή ελέγχει μόνο την πλήρωση (ή μη) των προδιαγραφών που τέθηκαν για το υπό προμήθεια προϊόν.

Β) Επισημαίνεται καταρχάς ότι, βάσει της οικείας μελέτης, για το είδος με α/α 11 ζητούνται οι εξής προδιαγραφές και εγκρίσεις: ISO 22241 / DIN 70070, AUS 32 GEM, ενώ για το είδος με α/α 15 ζητούνται οι εξής προδιαγραφές και εγκρίσεις: ISO 22241-1 JCB STD 4007/1000. Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα: α) η καθής η προσφυγή προσέφερε προϊόν με διαφορετική εμπορική ονομασία, κατά παράβαση της οικείας μελέτης, από τους όρους της οποίας ουδόλως προκύπτει ότι η ονομασία «...» είναι ενδεικτική, ως αορίστως και συνεπώς απαράδεκτως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, β) από την επισκόπηση του τεχνικού φυλλαδίου του προσφερόμενου προϊόντος «...», το οποίο υπέβαλε η καθής η προσφυγή στον διαγωνισμό, δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων των προτύπων ISO 22241 και DIN 70070, καθώς δεν αναφέρονται τα βασικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του και δεν υπάρχει αναφορά στη συγκέντρωση διουρίας (Biuret - $C_2H_5N_3O_2$), η οποία είναι βασικό χαρακτηριστικό το οποίο περιλαμβάνεται, τόσο στο πρότυπο ISO 22241, όσο και στο παλαιότερο DIN 70070, γ) στο υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο αναγράφεται το πρότυπο «JCB STD 4006/1100», το οποίο, όμως,

αφορά σε αντιψυκτικό υγρό και όχι στο χημικό διάλυμα ουρίας (...), ως ζητείται στη μελέτη. Επιπρόσθετα, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, εάν η αναθέτουσα τηρούσε την παράγραφο 4 του άρθρου 54 ν.4412/2016, δεν θα μπορούσε να απορρίψει ούτε τη δική της προσφορά, με το σκεπτικό ότι στο φυλλάδιο του εκ μέρους της προσφερόμενου προϊόντος δεν αναγράφεται το ζητούμενο πρότυπο «JCB STD 4007/1000», γιατί θα ήταν και αυτό ενδεικτικό. Άλλωστε, στο έγγραφο απόψεων που απέστειλε η αναθέτουσα αρχή, όπου αναφέρει ότι δεν ήταν υποχρεωμένος να ελέγξει τις τυχόν πρόσθετες προδιαγραφές που αναφέρονται στο φυλλάδιο του προς προμήθεια προϊόντος, εμμέσως πλην σαφώς, συνομολογεί ότι διέφυγε της προσοχής της αρμόδιας επιτροπής ο έλεγχος περί του εάν το προσφερόμενο προϊόν «...» είναι εν τέλει υγρό διάλυμα ουρίας (ως ζητείται) ή αντιψυκτικό υγρό (που δεν ζητείται). Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

●3^{ος} λόγος προσφυγής: πλημμέλειες της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» Α) μη πλήρωση των τιθέμενων προδιαγραφών ως προς το είδος με α/α 14. Εν προκειμένω, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παρόλο που στη μελέτη του υπόψη διαγωνισμού ζητείται για το είδος με α/α 14: «Πυκνό υγρό προστασίας ψυγείων», ο οικονομικός φορέας «...» προσέφερε το προϊόν «...», το οποίο σύμφωνα με την περιγραφή του τεχνικού φυλλαδίου, είναι: «Προϊόν έτοιμο προς χρήση. Προκαλυμμένο με απιονισμένο νερό» και ως εκ τούτου, η προσφορά του θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και για τον εξεταζόμενο λόγο. Και τούτο, διότι το υπό προμήθεια προϊόν είναι διαφορετικό (έτοιμο προς χρήση) σε σχέση με το ζητούμενο (πυκνό προς αραίωση), δηλαδή δεν πρόκειται για συμπυκνωμένο υγρό το οποίο θα επιδέχεται αραίωση με νερό, ανάλογα με τις ανάγκες της εφαρμογής για την οποία προορίζεται, ως απαιτείται. Ωστόσο, αβάσιμος κρίνεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον σύμφωνα με την παρ. 48 του Κανονισμού 1272/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης.12.2008 για την ταξινόμηση, την επισήμανση και τη συσκευασία των ουσιών και των μειγμάτων, απαγορεύεται η αναγραφή της ονομασίας «BIO» ή «ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟ» στην επισήμανση ή στην συσκευασία των ουσιών και κατ' επέκταση, στο τεχνικό φυλλάδιο, το οποίο αναγράφει την ίδια ονομασία με την

ετικέτα, όσον αφορά στα χημικά προϊόντα, όπως το συγκεκριμένο, τα οποία βάσει σύνθεσης ταξινομούνται ως επικίνδυνα, καθόσον ο ως άνω Κανονισμός δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού [βλ. άρθρ. 1.4. («Θεσμικό πλαίσιο») ή σε κάποιον άλλο όρο της διακήρυξης].

Β) ασάφεια της προσφοράς ως προς το προσφερόμενο για το είδος με α/α 19 προϊόν. Ως χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα: «... Με την ανάγνωση του τεχνικού φυλλαδίου του εν λόγω προϊόντος της εταιρείας «...», γίνεται αντιληπτό ότι ουσιαστικά στο ίδιο τεχνικό φυλλάδιο αναφέρονται δυο διαφορετικά προϊόντα. Στη στήλη των προδιαγραφών πλέον των κοινών προδιαγραφών και προτύπων υδραυλικών λιπαντικών, όπως DIN 51524 Part 3/Part 2 HLP, ISO 11156, ISO 11158 HV/HM, αναγράφονται προδιαγραφές υγρών φρένων τύπου DOT όπως DOT 4 και SAE J1703. Τα υγρά φρένων τύπου DOT, είναι χημικά υγρά βάσης γλυκόλης, αιθέρα γλυκόλης και βορικών εστέρων, ενώ τα υδραυλικά υγρά είναι προϊόντα βάσης ορυκτελαίου και λοιπών χημικών προσθέτων. Ουσιαστικά, είναι δυο προϊόντα με διαφορετική σύνθεση, οπότε δύο διαφορετικά προϊόντα. Το πρότυπο DOT Standard No. 116 ... όπως αναφέρει και το Φ.Ε.Κ.2988/22-11-2013 στο Άρθρο 2 «Απαιτήσεις και Μέθοδοι Δοκιμών. 1. Γενικές απαιτήσεις υγρών φρένων συστήματος πέδησης οχημάτων» ... είναι αυτό που καθορίζει τις απαιτήσεις για τα υγρά φρένων τύπου DOT, οι οποίες ακολουθούνται υποχρεωτικά ... ένα υγρό φρένων τύπου DOT είναι «Υγρό σχεδιασμένο για χρήση σε υδραυλικό σύστημα πέδησης μηχανοκίνητων οχημάτων το οποίο θα έρθει με επαφή ελαστομερή συστατικά κατασκευασμένα από καουτσούκ στυρενίου και βουταδιενίου (SBR), αιθυλένιο και ελαστικό προπυλενίου (EPR), πολυχλωροπρένιο (CR) εσωτερικό σωλήνα σωλήνα φρένων ή φυσικό καουτσούκ (NR).»...».

Εν προκειμένω, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και ως, άλλωστε, συνομολογεί η οικεία αναθέτουσα αρχή, παρόλο που στη μελέτη του υπόψη διαγωνισμού ζητείται για το επίμαχο είδος με α/α 19: «HYDRAULIC FLUID HP 15 ISO 15», το οποίο είναι υδραυλικό υγρό, σύμφωνο με το πρότυπο DIN 51524, επιπέδου Part 3, ο εν λόγω οικονομικός φορέας προσέφερε το προϊόν με την ονομασία «Hydro Brake Fluid 15», το οποίο χρησιμοποιείται μόνο σε συστήματα φρένων και επομένως, η προσφορά του θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και για τον εξεταζόμενο λόγο ή τουλάχιστον θα

έπρεπε να είχαν ζητηθεί σχετικές διευκρινίσεις, προ του αποκλεισμού του, ώστε να αποσαφηνιστεί το πως είναι δυνατόν ένα προϊόν με προδιαγραφές υδραυλικού υγρού να πληροί ταυτόχρονα και τις προδιαγραφές ενός υγρού φρένων τύπου DOT. Και τούτο, διότι τα υγρά φρένων τύπου DOT έχουν διαφορετική εφαρμογή σε σχέση με τα λοιπά υδραυλικά υγρά, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από το υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο, όπου αναγράφεται ότι: *«Δεν ανακατεύεται με υγρά φρένων»*. Επομένως, η ήδη απορριφθείσα προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα ως προς το είδος με α/α 19 θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και για τον εξεταζόμενο λόγο.

Γ) μη υποβολή των πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας (ISO EN 9001: 2008 ή 2015 και 14001:2008 ή 2015) για την μονάδα κατασκευής των προσφερόμενων προϊόντων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρόλο που στην οικεία μελέτη αναφέρεται σαφώς ότι: *«Η ποιότητα των προσφερόμενων προϊόντων θα διασφαλίζεται μέσω των πιστοποιητικών ποιότητας του Ελληνικού Οργανισμού τυποποίησης που συνίστανται στα εξής: α) πιστοποιητικό συμμορφώσεως συστήματος ISO 9001:2008 ή 9001:2015 ή ισοδύναμο και αντίστοιχο σε ισχύ. β) πιστοποιητικό συμμορφώσεως συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2008 ή 14001:2015 ή ισοδύναμο και αντίστοιχο σε ισχύ»* και επομένως, ήταν υποχρεωτική η υποβολή των ως άνω πιστοποιητικών για την εταιρεία παραγωγής, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν υπέβαλε τα ζητούμενα πιστοποιητικά για την εταιρεία παραγωγής «...» των προσφερόμενων προϊόντων.

Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή υπέβαλε την, από 09.03.2023, υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναγράφει ότι: *«Η κατασκευή και συσκευασία του τελικού προϊόντος με την ονομασία ... θα γίνει για λογαριασμό της επιχείρησής μου και υπό την δική μου επωνυμία προϊόντος, από την εταιρεία «...» με έδρα την Ελλάδα, στη μονάδα κατασκευής της ως άνω εταιρείας που βρίσκεται στον Ασπρόπυργο Αττικής, στην οποία ανήκει εξολοκλήρου η μονάδα κατασκευής του προϊόντος»*. Λαμβανομένου, όμως, υπόψη ότι η καθής η προσφυγή υπέβαλε τα ως άνω πιστοποιητικά που αφορούν μόνο στην ίδια την επιχείρηση και όχι τα πιστοποιητικά που αφορούν στην «...» (εταιρεία παραγωγής των προϊόντων), η προσφορά της θα έπρεπε να είχε απορριφθεί - μεταξύ άλλων - και για τον εξεταζόμενο λόγο (μη πλήρωση απαραίτου όρου), σύμφωνα με το άρθρ.

2.4.6. της διακήρυξης (βλ. σελ. 2 της μελέτης, όπου ορίζεται ότι: «*Τα ανωτέρω πιστοποιητικά αφορούν την εταιρεία παραγωγής των λιπαντικών*»). Επομένως, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Εν όψει των ανωτέρω, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και αντίστοιχα, εν μέρει δεκτή θα πρέπει να γίνει και η ασηκθείσα παρέμβαση. Ειδικότερα, η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, κατά το σκέλος που αφορά στον αποκλεισμό της εν λόγω εταιρείας από την εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία και γίνεται δεκτή, κατά το σκέλος που αφορά στην προσφορά των ανταγωνιστών της.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../21.04.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (στην οποία ενσωματώνεται η υπ' αριθμ. .../31.03.2023 απόφαση), που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΕΤΩΝ 2023-2024», κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 14^η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε την 03^η Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ