

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 31 Οκτωβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος, και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 1518/2019 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου, σε συνδυασμό με τις με αριθμό α) 9/16-10-2019 Απόφαση Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. περί εκ νέου συγκρότησης του και ανασυγκρότησης 2ου Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π. και β) 81/16-10-2019 Πράξη Προέδρου Α.Ε.Π.Π., περί ορισμού νέων Προέδρων 2ου και 6ου Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π.

Για να εξετάσει, την Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1213/07-10-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «...»)

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στο ..., επί της συμβολής των οδών ..., αρ. ... (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της με αριθμό 177/2019 απόφασης της Οικονομικής του Επιτροπής (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), κατά το μέρος με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για την ΟΜΑΔΑ 4-ΕΛΑΙΟΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΕΙΔΗ του διαγωνισμού και αποφασίστηκε ότι η εταιρεία αυτή είναι προσωρινός ανάδοχος για την ομάδα αυτή, απόφαση που ελήφθη, στο πλαίσιο ανοιχτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού που με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... ο Δήμος διενεργεί, με βάση τη με αριθμ. ... και με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη σύμβασης για την προμήθεια με τίτλο: «Προμήθεια ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ – ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ & ΕΛΑΙΟΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΕΙΔΩΝ», συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.200.000,00 €, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

προσφορά με βάση την τιμή, ανά ομάδα, και ανά κατηγορία υπό προμήθεια είδους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος Αιγάλεω, προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό, ο οποίος υποδιαιρούνταν στις παρακάτω 4 ΟΜΑΔΕΣ και επί μέρους τμήματα αυτών: 1) ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ (Πετρέλαιο diesel & Αμόλυβδη βενζίνη) εκτιμώμενης αξίας 525.806,45€, χωρίς ΦΠΑ, 2) ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ (Φυσικό Αέριο κίνησης) εκτιμώμενης αξίας 38.709,68€, χωρίς ΦΠΑ, 3) 3.1 ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΚΤΙΡΙΩΝ ΔΗΜΟΥ, 3.2 ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΚΤΙΡΙΩΝ ΣΧΟΛΕΙΩΝ και 3.3 ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΚΤΙΡΙΩΝ ΣΧΟΛΕΙΩ Β'ΒΑΘΜΙΑΣ, συνολικής εκτιμώμενης αξίας ομάδας 322.580,45€, χωρίς ΦΠΑ, και 4) ΕΛΑΙΟΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΕΙΔΗ εκτιμώμενης αξίας 80.645,16€, χωρίς ΦΠΑ. Προσφορές οριζόταν ότι υποβάλλονται για μία ή περισσότερες Ομάδες, για το σύνολο όμως των ειδών της κάθε Ομάδας, ενώ ο μέγιστος αριθμός ομάδων που μπορούσε να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίστηκε οι τέσσερις (4) Ομάδες. Στην πλατφόρμα του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (στο εξής: «ΕΣΗΔΗΣ»), με α/α Συστήματος ..., όπου και διεξάγεται ηλεκτρονικά ο διαγωνισμός, κατά την ορισθείσα για τις 14-07-2018 και ώρα 11:00 καταληκτική ημερομηνία, για την Ομάδα 4 – Ελαιολιπαντικά Είδη, προσφορές υπέβαλαν δύο (2) οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα και η Εταιρεία Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» (εφεξής «...»). Μετά την αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, κατά τον έλεγχο του περιεχομένου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς, η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι προσκομίστηκε το σύνολο των απαιτούμενων από την διακήρυξη δικαιολογητικών (αριθμητική πληρότητα και εγκυρότητα) και των δυο (2) διαγωνιζομένων και με το 1^ο από 28-08-2019 Πρακτικό της εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών και των δύο (2) ως άνω διαγωνιζομένων και συνεπώς τη συμμετοχή τους στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού για την επίμαχη ομάδα. Μετά την

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

αποσφράγιση και την αξιολόγηση και των οικονομικών τους προσφορών, η επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε και υπέβαλε στην Οικονομική Επιτροπή του Δήμου και το 2ο από 05-09-2019 Πρακτικό της, σύμφωνα με το οποίο για την επίμαχη ομάδα (4) η εταιρεία ... προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή σε τιμές μονάδος, με ποσό προσφοράς 63.629,64€, έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας που ανήλθε σε ποσό 70.586,01€, πλέον Φ.Π.Α 24% και εισηγήθηκε την ανάθεση της ομάδας 4 – Ελαιολιπαντικά είδη της σύμβασης στην πρώτη μειοδότη εταιρεία Τα πρακτικά αυτά της επιτροπής του διαγωνισμού εγκρίθηκαν με τη με αριθμό 177/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου και η εταιρεία ... ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος, εκτός άλλων και της προμήθειας της ομάδας 4 της σύμβασης. Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους που προβάλλονται στην υπό εξέταση προσφυγή της.

2. Επειδή, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε προ ΦΠΑ ποσό 967.741,74€, του αντικειμένου της (προμήθεια), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, ως Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού (μη κεντρική κυβερνητική αρχή), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της οικείας προκήρυξης της σύμβασης στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 10-06-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 27-

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

09-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και η προσφυγή ασκήθηκε στις 05-10-2019, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, με τη χρήση μάλιστα του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, με κωδικό παραβόλου 300554448959 1203 0056, ποσού 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προσφυγή ανέρχεται σε 80.645,16€. Συνακόλουθα, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία έγινε δεκτή και μάλιστα κατετάγη δεύτερη κατά τη σειρά μειοδοσίας των προσφερόντων για την επίμαχη ομάδα, αμέσως μετά την καθ' ης εταιρεία, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής που δεν απέρριψε την προσφορά της πρώτης μειοδότης. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα προσφερόμενα από την καθ' ης είδη α) «...» και β) «...» δεν καλύπτουν όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές της μελέτης, μετά και την διευκρίνιση που κοινοποιήθηκε στην πλατφόρμα του διαγωνισμού την 02-07-2019, για το προϊόν με A/A 06 «Βαλβολίνη SAE 80W90 GL4» και το προϊόν με A/A 06 «ΑΝΤΙΨΥΚΤΙΚΟ ΥΓΡΟ G11» αντίστοιχα. Και τούτο, διότι το πρώτο καλύπτει την προδιαγραφή API GL-5 και όχι την προδιαγραφή API GL-4 που ζητείται και αυτό φαίνεται τόσο στο υποβληθέν στον διαγωνισμό από την καθ' ης εταιρεία τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος, όσο και από την έγκριση προϊόντος στο Γενικό Χημείο του Κράτους, που επισυνάπτεται στην προσφυγή, το δε δεύτερο καλύπτει την προδιαγραφή VW TL-774J που χαρακτηρίζει το προϊόν ως αντιψυκτικό τύπου G13 και όχι την προδιαγραφή VW TL-774C που χαρακτηρίζει το προϊόν ως αντιψυκτικό τύπου G11, που ζητείται και αυτό φαίνεται στο υποβληθέν στον διαγωνισμό από την καθ' ης τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος. Έπρεπε, συνεπώς, να απορριφθεί συνολικά η προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

καθ' ης εταιρείας για την επίμαχη ομάδα, διότι δύο (2) προϊόντα που προσέφερε απέκλιναν από τις προδιαγραφές που καθορίζονται από τις απαιτήσεις της μελέτης (μετά την διευκρίνιση που κοινοποιήθηκε στην πλατφόρμα του διαγωνισμού 02-07-2019).

5. Επειδή, εξάλλου, στο με αριθμό 27587/11-10-2019 έγγραφο της επιτροπής του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή εκθέτει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Στο έγγραφο αυτό, μολονότι κατ' ουσίαν συνομολογείται ότι η τεχνική προσφορά της καθ' ης εταιρείας δεν είχε λάβει υπόψη της τις αναρτηθείσες την 02-07-2019 διευκρινίσεις – διορθώσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών των δύο επίμαχων ειδών, εντούτοις αφού ελήφθη υπόψη της το Φύλλο Συμμόρφωσης της εταιρείας ..., έγινε αποδεκτή η τεχνική της προσφορά. Περαιτέρω, η επιτροπή του διαγωνισμού επικαλείται συγκριτικό πίνακα των επίμαχων προσφερόμενων ειδών από τους συμμετέχοντες σε σχέση με τον ενδεικτικό προϋπολογισμό της διακήρυξης, από την επισκόπηση του οποίου διαπιστώνει ότι οι προσφορές είναι στα όρια του προϋπολογισμού, επιπλέον ότι η προσφορά της προσφεύγουσας είναι ίση με τα ποσά της προϋπολογισθείσας δαπάνης, τέλος δε προβάλλει τον ισχυρισμό ότι στο σύνολο των οικονομικών προσφορών των δύο εταιρειών υπάρχει απόκλιση υπέρ της προσφοράς της καθ' ης εταιρείας κατά 6.956,37€ (διαφορά ποσοστού 10% περίπου). Ενόψει των ανωτέρω, καταλήγει η επιτροπή και με γνώμονα την οικονομικά συμφερότερη τιμή για τον Δήμο, εισηγήθηκε την ανάδειξη της καθ' ης εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου για την επίμαχη ομάδα του διαγωνισμού.

6. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία τον διενεργεί και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 2.4.2.3. ότι «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά» στον οποίο

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα ...», στο άρθρο 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», ότι «... 2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, 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, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στα ως άνω Παραρτήματα. Ειδικά για τα προσφερόμενα ελαιολιπαντικά είδη θα κατατεθούν - επί ποινή αποκλεισμού - σε επίσημο έγγραφο της εταιρείας όλα τα τυπικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά, στην Ελληνική γλώσσα και όλα τα στοιχεία που τεκμηριώνουν την συμμόρφωση των προϊόντων με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές ...» και στο άρθρο 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ... θ) 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». Στο Παράρτημα Ι, εξάλλου, της διακήρυξης, στο κεφάλαιο 2 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο υποκεφάλαιο 2.2 με τίτλο «Ειδικές τεχνικές προδιαγραφές» στην παράγραφο 2.2.5 με τίτλο «Ελαιολιπαντικά Είδη» για το υπ' αριθ. 6 προϊόν, λιπαντικό τύπου «BALBOΛΙΝΗ SAE 80W90 GL4», προβλέπονταν οι εξής τεχνικές προδιαγραφές: «API GL-5, U.S. MIL-L-2105D, MAN 342 Type M1, 342 Type M2, ZF TE-ML 05A, 07A, 08, 12E, 16B, 16C, 16D, 17B, 19B, 21A, Volvo 97310 (1273.10)», για δε το υπ' αριθ. 12 προϊόν, λιπαντικό τύπου «Αντιψυκτικά υγρά G11», προβλέπονταν οι εξής τεχνικές προδιαγραφές: «BS 6580, ASTM D3306/D4985, VW TL-774J, Reference/Part numbers: VW G 013 A8J 1G, G 013 A8J M1, Daimler 000 989 28 25, 000 989 28 25 11». Επιπλέον, στο πιο πάνω Παράρτημα προβλεπόταν γενικά ότι: «...Σε κάθε περίπτωση επίκλησης παρόμοιων με τις

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

ζητούμενες προδιαγραφών οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό θα πρέπει να προσκομίζουν τα σχετικά έγγραφα, βεβαιώσεις, βιβλιογραφία και ότι άλλο θα είναι χρήσιμο προκειμένου να βεβαιώνεται η αντιστοιχία των προτεινόμενων προδιαγραφών με τις αναφερόμενες στην παρούσα συγγραφή. ...». Στο παράρτημα ΙΙΙ, τέλος, της διακήρυξης με τίτλο «ΦΥΛΛΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ» προβλέπονταν τα εξής: «Το Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών παρατίθεται σε μορφή πίνακα και σκοπό έχει την τεκμηρίωση των απαντήσεων των διαγωνιζομένων και την διευκόλυνση της μετέπειτα Αξιολόγησης των προσφορών από την αρμόδια Επιτροπή του Δήμου. Οι διαγωνιζόμενοι υποβάλλουν ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΑ το Φύλλο Συμμόρφωσης συμπληρωμένο με κατάλληλες παραπομπές όπου αυτό απαιτείται. Όσα δηλώνουν στο Φύλλο Συμμόρφωσης θα πρέπει να είναι σε αντιστοιχία με τα κατατεθειμένα τεχνικά φυλλάδια και προδιαγραφές των προσφερόμενων ειδών. Οι τυχόν παραπομπές θα είναι σαφείς και θα υποδεικνύουν το όνομα του ηλεκτρονικού αρχείου που έχει κατατεθεί και την σελίδα του που αναφέρονται. Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να υποβάλλουν Πίνακα Περιεχομένων με τον τίτλο του έγγραφου και την ονομασία του αρχείου στο σύστημα πλέον αυτού που παράγει αυτόματα το σύστημα. Η ονομασία των αρχείων οπωσδήποτε θα γίνει με αρίθμηση. ...», στο σχετικό δε με τα ελαιολιπαντικά είδη Φύλλο συμμόρφωσης υπό τον αριθμό 4, στα προϊόντα με αριθμό 6 και 12 είχαν προδιατυπωθεί τα και στο παράρτημα Ι της διακήρυξης προϊόντα, όπως ανωτέρω αναφέρονται με τις αυτές τεχνικές προδιαγραφές, ο δε διαγωνιζόμενος καλούνταν να απαντήσει με ΝΑΙ ή ΟΧΙ αν τα υπ' αυτού προσφερόμενα προϊόντα, πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές και σε διπλανή στήλη να συμπληρώσουν τις κατάλληλες τεκμηριωτικές παραπομπές.

7. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι το προσφερόμενο λιπαντικό τύπου «ΒΑΛΒΟΛΙΝΗ SAE 80W90 GL4», έπρεπε να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές «API GL-5, U.S. MIL-L-2105D, MAN 342 Type M1, 342 Type M2, ZF TE-ML 05A, 07A, 08, 12E, 16B, 16C, 16D, 17B, 19B, 21A, Volvo 97310 (1273.10)», το δε λιπαντικό τύπου «Αντιψυκτικά υγρά G11» τις τεχνικές προδιαγραφές: «BS 6580, ASTM

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

D3306/D4985, VW TL-774J, Reference/Part numbers: VW G 013 A8J 1G, G 013 A8J M1, Daimler 000 989 28 25, 000 989 28 25 11», σε διαφορετική περίπτωση, σύμφωνα με τη ρητή και αδιάστικτη διατύπωση των όρων των άρθρων 2.4.3.2 και 2.4.6 της διακήρυξης, η προσφορά του υποψηφίου θα πρέπει να απορριφθεί. Και τούτο, διότι στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιων δε θεωρουμένων στο σύνολό τους των τεχνικών προδιαγραφών, προβλέπεται ο αποκλεισμός του προσφέροντος (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006), εκτός εάν σύμφωνα με τη διακήρυξη ορισμένες προδιαγραφές είναι προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011, βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium), εκτός αν είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο των προδιαγραφών, περίπτωση πάντως που ως προς τις επίμαχες προδιαγραφές δεν συντρέχει εν προκειμένω. Από το συνδυασμό, όμως, της περιγραφής, των υπό τους αριθμούς 6 και 12 προϊόντων με τις αντίστοιχες ζητούμενες προδιαγραφές αυτών, δεν προέκυπτε με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία αν ζητείται να προσφερθούν οι αναφερόμενοι στην τεχνική περιγραφή τύποι λιπαντικών ή αν τα προσφερόμενα λιπαντικά έπρεπε να πληρούν τις αναφερόμενες για τους οικείους τύπους λιπαντικών προδιαγραφές. Και τούτο, διότι το υπό τον αριθμό 6 αναφερόμενο χαρακτηριστικό της προδιαγραφής «... GL-5» φαίνεται να μην συνάδει με το χαρακτηριστικό του ζητούμενου τύπου λιπαντικού «...GL-4», όπως και το υπό τον αριθμό 12 αναφερόμενο χαρακτηριστικό της προδιαγραφής «... G13» φαίνεται να μην συνάδει με το χαρακτηριστικό του ζητούμενου τύπου λιπαντικού «...G11».

8. Επειδή, προς άρση της ασάφειας αυτής και σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 2.1.3 της διακήρυξης, που προέβλεπε ότι «Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών – διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο ...», η προσφεύγουσα στις 26-06-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας ερώτημα, το οποίο είχε ως εξής: «Σχετικά με τον υπ. αριθ. ... (Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ ...) διαγωνισμό με θέμα «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ – ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ & ΕΛΑΙΟΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΕΙΔΩΝ», παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε τα παρακάτω: • Για το προϊόν με A/A 06., ενώ στην στήλη «ΤΥΠΟΣ ΛΙΠΑΝΤΙΚΟΥ» αναφέρεται «ΒΑΛΒΟΛΙΝΗ SAE 80W90 GL-4», στην στήλη «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» ζητείται η προδιαγραφή API GL-5. Παρακαλούμε διευκρινίστε μας ποια από τις δύο προδιαγραφές (API GL-4 η API GL-5) είναι η ζητούμενη για το λιπαντικό. • Για το προϊόν με A/A 12., ενώ στην στήλη «ΤΥΠΟΣ ΛΙΠΑΝΤΙΚΟΥ» αναφέρεται «ΑΝΤΙΨΥΚΤΙΚΑ ΥΓΡΑ G11» δηλαδή να καλύπτει την προδιαγραφή VW TL-774C (G11), στην στήλη «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» ζητείται η προδιαγραφή VW TL-774J (G13). Παρακαλούμε διευκρινίστε μας ποια κατηγορία αντιψυκτικού (G11 η G13) είναι η ζητούμενη. ...». Στις 02-07-2019 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην προσφεύγουσα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από 28-06-2019 υπηρεσιακό σημείωμα του προϊσταμένου του Τμήματος Αποθηκών και Μελετών του Δήμου, το οποίο είχε ως εξής: «Σε απάντηση της από 26.06.2018 ψηφιακά υπογεγραμμένης ... σχετικής επιστολής για παροχή διευκρινίσεων για τον σε εξέλιξη Ανοιχτό Διεθνή Διαγωνισμό του Δήμου μας «Προμήθεια Καυσίμων Κίνησης – Θέρμανσης και Ελαιολιπαντικών Ειδών» με συστημικό αριθμό 71673.1, για την οποία με ενημερώσατε, σας γνωρίζω τα εξής: 1. Στο προϊόν με A/A 06. Βαλβολίνη SAE 80W90 GL4, η υπηρεσία ενδιαφέρεται να προμηθευθεί ΒΑΛΒΟΛΙΝΗ SAE 80W90 GL4 με τις αντίστοιχες προδιαγραφές των κατασκευαστριών εταιρειών οχημάτων που συνοδεύουν το λιπαντικό. Οπουδήποτε αναγράφεται προδιαγραφή API-GL5, έχει αναγραφεί εκ παραδρομής και αντί αυτής εννοείται η προδιαγραφή API-GL4. 2. Στο προϊόν A/A 12. Αντιψυκτικά υγρά G11, η υπηρεσία ενδιαφέρεται να προμηθευθεί ΑΝΤΙΨΥΚΤΙΚΟ ΥΓΡΟ G11 με τις αντίστοιχες προδιαγραφές των κατασκευαστριών εταιρειών οχημάτων που συνοδεύουν το αντιψυκτικό. Οπουδήποτε αναγράφεται προδιαγραφή VW TL-774J, έχει αναγραφεί εκ παραδρομής και αντί αυτής εννοείται η προδιαγραφή VW TL-774C ...».

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

9. Επειδή, η διευκρίνιση αυτή της αναθέτουσας αρχής ήταν καίριας σημασίας για την κατανόηση του τύπου των υπό τους αριθμούς 6 και 12 του Παρατήματος Ι της διακήρυξης ελαιολιπαντικών και των προδιαγραφών που αυτά έπρεπε να πληρούν, δεδομένου ότι, κατόπιν αυτής, κατέστη το πρώτον σαφές ποιοι τύποι λιπαντικών ζητούνταν υπό τους αριθμούς 6 και 12 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης και ποιες προδιαγραφές έπρεπε αυτοί να πληρούν, κατά συνέπεια, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που πρέπει να τηρούνται στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, η εν λόγω διευκρίνιση έπρεπε να λάβει επαρκή δημοσιότητα, κατά τρόπον ώστε να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια δυνητικούς προσφέροντες η δυνατότητα να λάβουν γνώση της υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και κατά το ίδιο χρονικό σημείο (πρβλ. ΑΕΠΠ 202/2019). Θα έπρεπε, επομένως, να δημοσιευτεί όπου δημοσιεύονται νομίμως τα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου να ενταχθεί νομίμως στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και να δεσμεύει τους ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 190/2015), τουλάχιστον τέσσερις (4) ημέρες πριν από την προθεσμία που στα έγγραφα της σύμβασης ορίζεται για την παραλαβή προσφορών και εφόσον μέχρι την ως άνω δημοσίευση δεν έχουν υποβληθεί τέτοιες ή να έχει κοινοποιηθεί όχι μόνον προς αυτόν που ζήτησε τη διευκρίνιση, αλλά και προς τους λοιπούς ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 499/2012, 45/2008), μεταξύ των οποίων και την καθ' ης εταιρεία. Από τα αναρτηθέντα, όμως, στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με α/α ΕΣΗΔΗΣ 71673,1 έγγραφα και στοιχεία, προκύπτει ότι ούτε το από 28-06-2019 υπηρεσιακό σημείωμα του προϊσταμένου του Τμήματος Αποθηκών και Μελετών του Δήμου, ούτε σχετική με το περιεχόμενό του διευκρίνιση έστω σε περίληψη είχε αναρτηθεί, ούτε είχε περιληφθεί καμία διόρθωση - τροποποίηση στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, στο κεφάλαιο 2 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο υποκεφάλαιο 2.2 με τίτλο «Ειδικές τεχνικές προδιαγραφές» στην παράγραφο 2.2.5 με τίτλο «Ελαιολιπαντικά Είδη» για τα με αριθμούς 6 και 12 προϊόντα. Από τα αναρτηθέντα μηνύματα στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, άλλωστε, προκύπτει ότι το επίμαχο σημείωμα, την 02-07-2019 κοινοποιήθηκε

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

μόνον στην προσφεύγουσα, επιπλέον δε αναρτήθηκε και ως «εσωτερικό αρχείο», δηλαδή δεν ήταν ορατό σε άλλους πλην της προσφεύγουσας στην οποία και απευθυνόταν και κοινοποιήθηκε. Συνακόλουθα, η διευκρίνιση αυτή, δεν δέσμευε την καθ' ης εταιρεία, εφόσον δεν προκύπτει ότι έλαβε νομίμως εγκαίρως γνώση αυτής.

10. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τη με αριθμό 141685 ηλεκτρονική προσφορά της στον επίμαχο διαγωνισμό με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... η εταιρεία ..., για τα με αριθμούς 6 και 12 είδη του τμήματος 4 (ελαιολιπαντικά είδη) προσέφερε τα προϊόντα α) «...» και β) «...», στο υποβληθέν Φύλλο Συμμόρφωσης, δε, στις γραμμές με αριθμούς 8 και 14, οι οποίες αντιστοιχούν στα εν λόγω είδη, η καθ' ης εταιρεία δήλωσε στη με αριθμό 8 γραμμή ότι προσφέρει λιπαντικό τύπου «...», το οποίο πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές «API GL-5, U.S. MIL-L-2105D, MAN 342 Type M1, 342 Type M2, ZF TE-ML 05A, 07A, 08, 12E, 16B, 16C, 16D, 17B, 19B, 21A, Volvo 97310 (1273.10)», στη δε γραμμή 14 ότι προσφέρει λιπαντικό τύπου «Αντιψυκτικά υγρά G11», το οποίο πληροί τις προδιαγραφές «BS 6580, ASTM D3306/D4985, VW TL-774J, Reference/Part numbers: VW G 013 A8J 1G, G 013 A8J M1, Daimler 000 989 28 25, 000 989 28 25 11», όπως προβλεπόταν στο Παράρτημα I της διακήρυξης, στο κεφάλαιο 2 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο υποκεφάλαιο 2.2 με τίτλο «Ειδικές τεχνικές προδιαγραφές» στην παράγραφο 2.2.5 με τίτλο «Ελαιολιπαντικά Είδη» για τα με αριθμούς 6 και 12 προϊόντα αντίστοιχα, για την τεκμηρίωση πλήρωσης των οποίων παρέπεμπε σε τεχνικά φυλλάδια. Από το υποβληθέν, τέλος, αρχείο με την ονομασία «Τεχνικά Φυλλάδια και εγκρίσεις Γ.Χ.Κ.», προκύπτει ότι τα εν λόγω προσφερόμενα προϊόντα πληρούσαν πλήρως τις εν λόγω προδιαγραφές (βλ. τμήμα των σχετικών φυλλαδίων υπό τον τίτλο ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ). Επομένως, η προσφορά της καθ' ης εταιρείας ως προς τα επίμαχα είδη ήταν σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, οι δε προδιαγραφές αυτών πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος I αυτής, τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Δεν θα μπορούσε, εξάλλου, να απορριφθεί η επίμαχη προσφορά, με την αιτιολογία ότι τα επίμαχα προϊόντα δεν πληρούσαν τις τεχνικές

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

προδιαγραφές, όπως αυτές συμπληρώθηκαν - διευκρινίστηκαν με από 28-06-2019 υπηρεσιακό σημείωμα του προϊσταμένου του Τμήματος Αποθηκών και Μελετών του Δήμου, διότι σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που πρέπει να τηρούνται στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, οι διευκρινίσεις του επίμαχου σημειώματος, δεν δέσμευαν την καθ' ης εταιρεία, εφόσον δεν προκύπτει ότι έλαβε νομίμως εγκαίρως γνώση αυτού.

11. Επειδή, άλλωστε, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της καθ' ης εταιρείας, ούτε με την αιτιολογία ότι τα από αυτήν προσφερόμενα προϊόντα «...» και «...», πληρούν μεν τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, κεφάλαιο 2, υποκεφάλαιο 2.2, παράγραφο 2.2.5 αυτού με τίτλο «Ελαιολιπαντικά Είδη» για τα με αριθμούς 6 και 12 προϊόντα, αλλά δεν είναι των ζητούμενων τύπων λιπαντικών. Και τούτο, διότι όπως γίνεται δεκτό στη σκέψη 7 της παρούσας η ασάφεια και η αμφισημία μεταξύ των ζητούμενων τύπων λιπαντικών και των προδιαγραφών αυτών, προέκυπτε από τα ίδια τα έγγραφα της σύμβασης, ασάφειες δε 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). Είναι διάφορο το ζήτημα αν, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, από τη μία διαγωνιζόμενη ζητήθηκε να υποβάλει προσφορά για προϊόντα με τεχνικές προδιαγραφές ενός τύπου λιπαντικού και από την άλλη ενός άλλου και αν με τον τρόπο αυτό μία από τις διαγωνιζόμενες περιήλθε σε δυσμενέστερη θέση από την άλλη, πλην, όμως, δοθέντος ότι δεν προβάλλεται σχετικός ισχυρισμός στην προσφυγή, δεν εξετάζεται περαιτέρω, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 1297 / 2019

τις διατάξεις των παρ. 1 και 5 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Ομοίως και για τον ίδιο λόγο (επειδή δεν προβάλλεται στην προσφυγή) και επειδή η Α.Ε.Π.Π. δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 1 και 5 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, δεν εξετάζεται περαιτέρω το ζήτημα αν νομίμως εχώρησε ο διαγωνισμός καίτοι η ασάφεια των επίμαχων όρων των τεχνικών προδιαγραφών δεν ήρθη με τις νόμιμες διατυπώσεις δημοσιότητας.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η εξετασθείσα προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη και σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 31 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 20^η Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος
Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας
Τζέιμυ Γιάννακα